





Decorative gold-tooled floral border at the top of the cover.

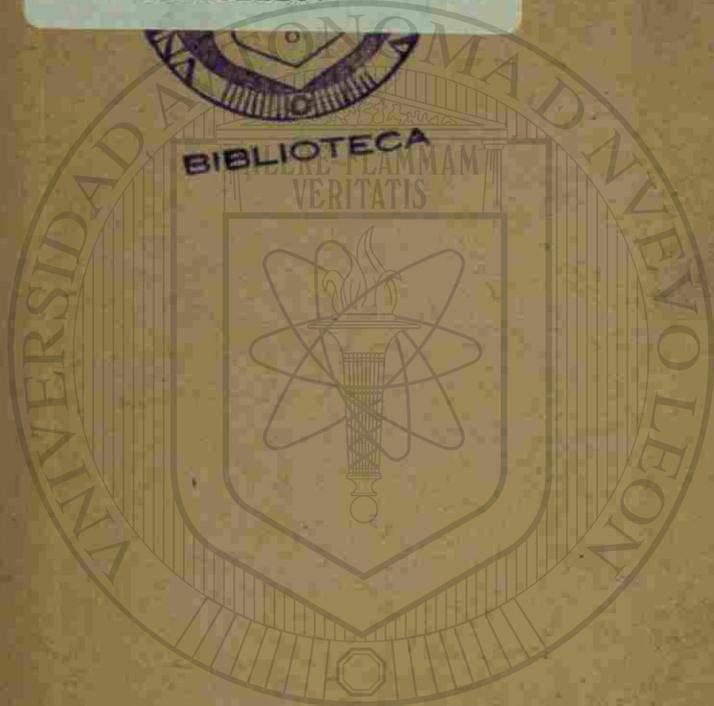
Decorative gold-tooled floral border in the middle of the cover.

Decorative gold-tooled floral border at the bottom of the cover.

RAIL DE
KM19
.F8
L31
V.8
h



1020012167



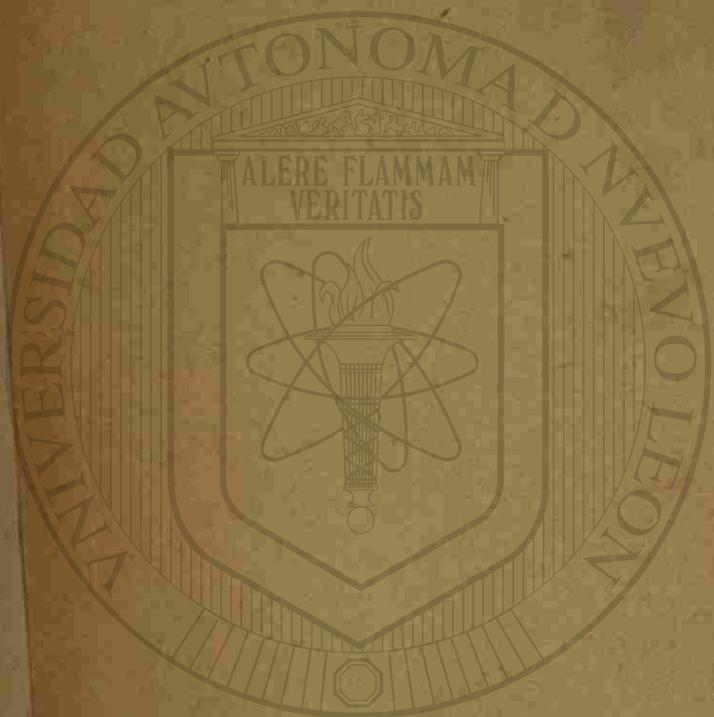
397
L.
Sanchez Fuentes

Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRES SANCHEZ FUENTES.
Volumen No
Estante Casiller

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

A 382



PRINCIPIOS

— DE —

DERECHO CIVIL FRANCÉS

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENAL DE LAS CIENCIAS
MORALES Y POLITICAS

TOMO VIII



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MEXICO—1895
IMP. DE BARROSO, HNO. Y COMP. S.
Calle del Corazón de Jesús núm 10.

CERVO JURIDICO

111442

23190



BIBLIOTECA

ALERE FLAMMAM
VERITATIS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

303 153

153

TITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES Ó SERVICIOS PEDIALES.

(Continuación.)

CAPITULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES;

(Continuación.)

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

§ III: DE LAS PLANTACIONES.

Núm. 1. De la distancia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78). Sentencia de casación, de 25 de Mayo de 1853 (Daloz, 1853, 1, 193).

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

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

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

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

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

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 201).

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

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

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

Núm. 2. Sanción. Prescripción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Douai, 14 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 2, 94). Bourges, 8 de Diciembre de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 661, 1°).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Durantón, t. V, pág. 423, núm. 388.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20. La doctrina y la jurisprudencia casi están unánimes

1 Demolombe, t. 9º, p. 574, núm. 508. Durantón, t. 5º, p. 438, número 399.

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

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

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

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

Se dice, además, que la prescripción es imposible, porque no se podría determinar su punto de partida. ¿De qué manera saber el día en que las ramas han sobrepasado el fundo? Y aun suponiendo que se sepa, habría una dificultad: la prescripción no podría invocarse sino para las partes de las ramas que se adelantasen desde treinta años hacia la heredad del vecino; y como el crecimiento de las ramas se hace día á día, habría que contar tantas pequeñas prescripciones como grados hubiere en los brotes y en el desarrollo de las plantas (1). No nos parece sería esta objeción. Los comienzos exactos de toda prescripción son difíciles de establecerse; pero ¿qué importa? Una dificultad no es una imposibilidad. Después de todo, el que invoca la prescripción es el que debe probar que ésta existe; si no logra rendir esta prueba, no habrá servidumbre. ¿Pero es jurídico decir: La prueba es difícil, luego es imposible, luego no puede haber prescripción? ¿Gosa notable! La prueba que se declara imposible se halla marcada por la naturaleza respecto á ciertos árboles. Lo que la naturaleza hace para los unos, los peritos sabrán muy bien disputarlo para los otros (2).

En la opinión general, se acepta que la prescripción puede comenzar desde el día en que el dueño de los árboles opone una contradicción al derecho que el vecino hubiera querido ejercer de mandar cortar las ramas (3). Esto no tiene duda. Pero creemos que la contradicción es inútil. El hecho solo de que las ramas avancen hacia el predio

1 Demolombe, t. 11, p. 575, núm. 509; Aubry y Rau, t. 2^o, p. 217, nota 27 y las autoridades que citan.

2 Troplong, De la prescripción, t. 1^o, núm. 347. Es esta la opinión enseñada por Valatie, (Mourlon, Repeticiones, t. 1^o, p. 791, nota). La jurisprudencia es contraria. Un fallo del tribunal de Limoges, pronunciado en el sentido de nuestra opinión, fue reformado en apelación (Dalloz, 1847, 2, 12).

3 Demolombe, t. 11, p. 577, núm. 510, según Demante, t. 2^o, p. 620, núm. 527 bis, 2^o.

del vecino es una invasión á su propiedad, tan patente como si el propietario hubiera edificado en ella; hay aquí una contradicción permanente que sin cesar pone al vecino en aptitud de promover para rechazar la usurpación con que se ve amenazado. ¿No son esas las condiciones de toda prescripción?

21. En cuanto á las raíces, todos son de parecer que el derecho de cortarlas es imprescriptible. Como todo derecho prescribe, se necesitan razones para que no prescriba el derecho de cortar las raíces. Unos dicen que la posesión del que invoca la prescripción es necesariamente clandestina. Esto es una vez más transformar un punto de hecho en presunción. Aunque las raíces estén debajo de tierra, la posesión puede ser pública; en efecto, el grueso del árbol, la distancia á que está plantado, aun ciertos signos exteriores pueden establecer de una manera evidente que las raíces se extienden hacia el predio del vecino. Otros dicen que cortar las raíces es un derecho de pura facultad, y por lo mismo, prescriptible. Se abusa de un modo singular de esta máxima, y ya la volveremos á ver en el título de la *Prescripción*. Por de pronto nos contentaremos con hacer notar que el derecho conferido por el art. 672, de cortar las raíces, es la sanción de la prohibición del artículo 671, en el sentido de que es la repreción de las usurpaciones cometidas por el vecino; por lo tanto, la cuestión ya no es de un derecho de pura facultad (1).

Núm. 4. *De los frutos de los árboles.*

22. Cuando los árboles extienden sus ramas al fundo del vecino, se suscitan algunas dificultades sobre la recolección de los frutos que cuelgan de las ramas. Pocas cues-

1 Véase en sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 577, número 511, y las autoridades que cita.

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

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

1 Véase las diversas opiniones en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 678.
2 Durantón, t. 5º, p. 441, núm. 400.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 3. De las zanjas ó acequias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Cujas, "*Observat.*, lib. I, c. 31; Duarein, "*Anniversar diputat.*" lib. II, c. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Principios generales.

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

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

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

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

1 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 2º, p. 204, nota 16.

2 Véase este tomo, núms. 37 y 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Demolombe, t. 12, p. 38, núm. 564; Aubry y Rau, t. 11, p. 267 y nota 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Bruselas, 14 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, 2, 146 y *Pasicrisia*, 1848, 2).

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

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

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

II. De las luces.

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

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

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

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

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

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

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

2 Hay algunas dificultades en la aplicación, dificultades técnicas

III. De las vistas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Principio.

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

1 Pardessus, t. 1º, p. 461, núm. 206.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 206 y nota 24. Mourlon, t. 1º, p. 794, nota.

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

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

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

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

barrotes: tales son términos de la sentencia. La corte dedujo de esto que la luz había conservado su carácter de cosa precaria. Dáse á estas luces el nombre de tolerancia ó de permiso, porque el vecino permite por tolerancia que se practique de un modo contrario á las severas prescripciones de la ley. Del mismo modo, la corte de París ha decidido que las luces provistas de barrotes y de travesaños de fierro, y establecidas á la altura prescrita por el artículo 677, no perdian su carácter de luces de tolerancia, por no estar emparrilladas según las dimensiones exigidas por la ley; la sentencia dice que esta era una tolerancia del vecino, que no debía recaerle en perjuicio transformando la tolerancia en servidumbre (1). La corte de casación ha sancionado esta doctrina, por ser favorable á los propietarios que practican luces en sus paredes, más bien que desfavorable, pues si la menor inobservancia de la ley tuviera por consecuencia el amenazar á los vecinos con una servidumbre, ellos exigirían la ejecución rigurosa de la ley; los propietarios sufrirán con esto así como la buena armonía de vecindad, que es tan importante no envenenar. Así es que, es de jurisprudencia que la cuestión de saber si las luces son de tolerancia ó de servidumbre es una cuestión de hecho, abandonado á la apreciación de los tribunales; sin duda que los jueces podrán tener en cuenta la inobservancia de las condiciones prescritas por los arts. 676 y 677, pero su decisión será siempre una decisión de hecho, pronunciada por aplicación del artículo 2232. (2)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Demolombe, t. 12, p. 62, núm: 580.

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

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

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

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

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

II. Consecuencias del principio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ VI.—DEL DESAGÜE DE LOS TECHOS.

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

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

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

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

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

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

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

principio es incontestable; en cuanto á la aplicación, de-

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 218, núm. 322.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Pardessus, t. 1º, p. 471, núm. 212. Ducaurroy, Bonnier y Rostain, t. 2º, p. 218, núm. 322. Demolombe, t. 12, p. 69, núm. 585.

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

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

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

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

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

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

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

§ VII.—DE LA SERVIDUMBRE DE ENCLAVE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ VII.—DE LA SERVIDUMBRE DE ENCLAVE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. I. Condiciones.

I. ¿Quién puede reclamar el paso?

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

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

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

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

II. Del enclave.

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

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

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

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

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

2 Rouen, 16 de Junio de 1853 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 4^o)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Bastia, 2 de Agosto de 1854 (Daloz, 1856, 2, 281).

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

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

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

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

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

82. ¿Basta el enclave para que haya lugar al paso forzoso en virtud del art. 682? No, porque hay que ver de

1 París, 24 de Mayo de 1844, (Daloz, *Servidumbre*, núm. 821, 4^o) y sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 326), de 14 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 154). Caen, 15 de Marzo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 167). Bruselas, 7 de Febrero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 194). Sentencia de denegada apelación, de 14 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 164).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dimiento de un terreno; la invasión de las aguas, el cambio de alveo de un río, el establecimiento de un canal, la supresión de un camino (1). Sin embargo, puede acontecer que el paso convencional en su origen, se vuelva en lo sucesivo legal. En el momento de la venta, las partes estipulan un paso por el fundo enclavado. Este paso llega á ser insuficiente con motivo de las nuevas necesidades de la explotación. Se ha fallado que el propietario enclavado podía pedir un paso más extenso, mediante indemnización (2). ¿Se reclama este paso en virtud de la venta? Nó, porque han quedado satisfechos los compromisos resultantes de la venta por la concesión del primer paso. Luego las partes contrayentes ya nada se deben. Si se hace necesario un paso más extenso, hay realmente enclave en el sentido del art. 682. Como lo dice la corte de Caen, el enclave es un estado relativo; el propietario que necesita de un camino para caballos y carretas está enclavado cuando sólo tiene un paso á pié. Así, pues, el paso se reclama á causa del enclave, y por consiguiente, en virtud del artículo 682.

Hay un caso en el cual el paso es legal, desde el momento en que se celebra la venta. El vendedor había enagenado la parte de su fundo que se tocaba con la vía pública, mucho tiempo antes de la venta de la otra parte del predio. Así, pues, la venta tiene por objeto un predio enclavado. Se pregunta si en este caso, el comprador tiene una acción contra el vendedor. Si éste se ha comprometido á procurar un paso al comprador ya no hay cuestión; pero se supone que el contrato no contiene ninguna cláusula á este respecto. Ya no hay compromiso tácito que resulte de la división del fundo, porque no hay división: lo que se ha vendido es un fundo enclavado. El compra-

1 Demolombe, t. 12, p. 683, núm. 602, y todos los autores.

2 Caen, 10 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167.)

dor no tiene acción derivada de la venta. En consecuencia hay enclave en el sentido del art. 682 (1).

87. ¿Se vuelve también al caso del art. 682 cuando el predio vendido termina en un camino de servicio privado, es decir, en una vía que no es pública? La dificultad se ha presentado ante la corte de casación. Era el caso, que el propietario enclavado reclamaba el beneficio de la servidumbre legal que le procuraba un paso más directo. Oponiasele que no podía pedir un paso por los predios vecinos, puesto que tenía derecho á un paso como comprador contra su vendedor. Esto sería cierto, contestaba el propietario enclavado, si el predio de un vendedor fuese ribereño de un camino público. Pero un camino de servicio es una servidumbre, y no puede trasladarse una servidumbre de un predio á otro, ni establecer una servidumbre sobre otra. La corte de casación ha salido de apuros invocando el principio consagrado por la jurisprudencia, que los caminos de servicio se presume que con la propiedad común de los propietarios á cuyas heredades sirven; ahora bien, un propietario puede transmitir su derecho al comprador. Nosotros no admitimos esta pretendida presunción de propiedad. A nuestro juicio, la cuestión no era dudosa, y habría debido decidirse en el mismo sentido, suponiendo que el camino de explotación constituyese una servidumbre. En efecto, según los términos del art. 700, si llega á ser dividida la heredad dominante, la servidumbre queda debiéndose por cada porción. Las dificultades que suscita la aplicación de esta disposición no se presentaban en el caso al debate, puesto que evidentemente la servidumbre de paso era debida á cada parte del predio dominante, y le era debida después de la división.

1 Sentencia de denegada apelación, 19 de Julio de 1843 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 852).

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

III. Objeto del paso legal.

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

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

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

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

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

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

1 Pau, 14 de Marzo de 1831 (Deloz, *Servidumbre*, núm. 834).

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

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

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

1 Amiens, 2 de Febrero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 232).
2 Chambéry, 10 de Enero de 1863 (Daloz, 1863, 2, 175).

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

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

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

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

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

1 Sentencia de denegada apelación, 8 de Junio de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 835, 2°).
2 Agen, 18 de Junio de 1823, y Burdeos 18 de Junio de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, número 835, 3° y 5°).

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

IV. ¿Sobre qué predio puede reclamarse el paso?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 220, número 324. Demolombe, t. 12, p. 28, núm. 618; Duranton, t. 5º, p. 466, núm. 423.
2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 824, sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 204), y Bourges, 9 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 38.)

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

V. De la indemnización.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Demolombe, t. 12, p. 111, núm. 632.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 Aubry y Rau, t. 3°, p. 30.

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

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

I. Efecto de la prescripción en cuanto al modo de ejercicio de la servidumbre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si se ha sostenido la opinión contraria, es porque el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 3. Efectos de la servidumbre de paso.

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

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

1 Demante, t. 2º, p. 634, núm. 539 bis, 1º; Lyon, 18 de Enero de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 888); Nancy, 23 de Enero de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 819, 3º). Besançon, 16 de Julio de 1866, (Daloz, 1866, 2, 130).

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

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

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

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

Núm. 4. *Extinción de la servidumbre.*

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

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

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

3 Demolombe, t. 14, p. 125, núm. 642.

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

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

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

2 Duranton, t. 5°, p. 474, núm. 435.

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

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

1 Demolombe, t. 12, p. 125, núm. 642.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ VIII.—DEL TURNO DE LA ESCALA.

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

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

No hay que confundir la *escala* con el *cerramiento* (*investison*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Demolombe, t. 11, p. 491, núm. 424.

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

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

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

1 Dalloz, *Servidumbre*, núm. 811.

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

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

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

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

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

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

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

CAPITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR OBRA DEL HOMBRE.

SECCION I.—*División de las servidumbres.*

§ I.—DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS Y RUSTICAS.

125. El art. 687 dice: "Las servidumbres se establecen ó para el uso de los edificios, ó para el de los fundos de tierra. Las de la primera clase se llaman "urbanas," sea que los edificios á los cuales son debidas, estén situados en la ciudad ó en el campo. Las de la segunda especie se llaman "rústicas." Esta disposición patentiza el respeto exagerado que los autores del código tenían por la tradición. La división de las servidumbres en urbanas y rústicas existía en derecho romano y en la antigua jurisprudencia; y no carecía de importancia, porque la adquisición y la extinción de estas servidumbres no estaban regidas por los mismos principios. Según el código Napoleón, al contrario, no hay ninguna diferencia jurídica entre las servidumbres urbanas y rústicas. Careciendo ya de utilidad esta distinción tradicional, es inútil detenernos en ella.

§ II.—DE LAS SERVIDUMBRES CONTINUAS Y DISCONTINUAS.

Núm. 1. Definición.

126. Según los términos del art. 688, "las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso puede ser incesante sin

BIBLIOTECA ALFONSO XIII
FUNDACION ALFONSO XIII
U. N. I. C.

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

CAPITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR OBRA DEL HOMBRE.

SECCION I.—División de las servidumbres.

§ I.—DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS Y RUSTICAS.

125. El art. 687 dice: "Las servidumbres se establecen ó para el uso de los edificios, ó para el de los fundos de tierra. Las de la primera clase se llaman "urbanas," sea que los edificios á los cuales son debidas, estén situados en la ciudad ó en el campo. Las de la segunda especie se llaman "rústicas." Esta disposición patentiza el respeto exagerado que los autores del código tenían por la tradición. La división de las servidumbres en urbanas y rústicas existía en derecho romano y en la antigua jurisprudencia; y no carecía de importancia, porque la adquisición y la extinción de estas servidumbres no estaban regidas por los mismos principios. Según el código Napoleón, al contrario, no hay ninguna diferencia jurídica entre las servidumbres urbanas y rústicas. Careciendo ya de utilidad esta distinción tradicional, es inútil detenernos en ella.

§ II.—DE LAS SERVIDUMBRES CONTINUAS Y DISCONTINUAS.

Núm. 1. Definición.

126. Según los términos del art. 688, "las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso puede ser incesante sin

BIBLIOTECA ALFONSO XIII
FUNDACION ALFONSO XIII
U. N. I. C.

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

CAPITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR OBRA DEL HOMBRE.

SECCION I.—División de las servidumbres.

§ I.—DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS Y RUSTICAS.

125. El art. 687 dice: "Las servidumbres se establecen ó para el uso de los edificios, ó para el de los fundos de tierra. Las de la primera clase se llaman "urbanas," sea que los edificios á los cuales son debidas, estén situados en la ciudad ó en el campo. Las de la segunda especie se llaman "rústicas." Esta disposición patentiza el respeto exagerado que los autores del código tenían por la tradición. La división de las servidumbres en urbanas y rústicas existía en derecho romano y en la antigua jurisprudencia; y no carecía de importancia, porque la adquisición y la extinción de estas servidumbres no estaban regidas por los mismos principios. Según el código Napoleón, al contrario, no hay ninguna diferencia jurídica entre las servidumbres urbanas y rústicas. Careciendo ya de utilidad esta distinción tradicional, es inútil detenernos en ella.

§ II.—DE LAS SERVIDUMBRES CONTINUAS Y DISCONTINUAS.

Núm. 1. Definición.

126. Según los términos del art. 688, "las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso puede ser incesante sin

BIBLIOTECA ALFONSO XIII
REPOSICION DE LA BIBLIOTECA
U. N. I. C.

necesitar de acto actual del hombre." La ley da como ejemplo las conducciones de agua, los derrames, las vistas. Lo que caracteriza las servidumbres discontinuas, no es que se ejerzan ó puedan ejercerse de una manera continua, sino el necesitar de *hecho actual del hombre* para ser ejercidas. ¿Qué se entiende por *hecho actual del hombre*? Por esto no se entiende el hecho del hombre que es necesario para que la servidumbre pueda ejercerse; las servidumbres que el código coloca entre las discontinuas, necesitan todas del hecho del hombre para su establecimiento: él es el que establece el acueducto destinado á conducir las aguas, él el que construye el canal de derrame, ó el techo de donde bajan las aguas pluviales; él el que practica las ventanas en una pared. Pero una vez terminados estos trabajos de establecimiento, la servidumbre se ejerce por sí misma, sin que el hecho del hombre sea necesario para este uso; el agua corre por el acueducto sin el hecho del hombre, baja del techo sin su hecho; el aire y la luz pene tran á través de las ventanas, sin que el hombre intervenga en todo esto (1).

Así, pues, la expresión de servidumbre continua no corresponde á la idea que de aquélla debe tenerse. En efecto, la palabra *continuo* implica una idea de continuidad y parece excluir toda intermitencia. Y sin embargo, la misma definición dada por el código civil prueba que no es esa la significación de la servidumbre discontinua. Existen servidumbres cuyo uso es continuo: tales son las servidumbres negativas de no edificar, de no plantar ó de no edificar más allá de una altura determinada. Pero existen también servidumbres cuyo uso es intermitente; ¿cuándo son éstas continuas? El art. 687 contesta: si el uso de ellas puede ser continuo sin intervención de hecho actual del hombre.

1 Demolombe, t. 12, p. 215, núm. 708. Aubry y Rau, t. 3º, p. 66 y nota 3.

Tal es la servidumbre de desagüe: se ejerce sin intervención del hombre, pero no se ejerce continuamente. Así, pues, hay que apartar la idea de un uso continuo, y atenerse al carácter esencial de las servidumbres continuas, y es que se ejerzan sin el hecho actual del hombre.

127. ¿Qué debe decidirse si el ejercicio de la servidumbre es interrumpido durante ciertos intervalos más ó menos largos, y si se necesita acto del hombre para quitar el obstáculo que ocasiona esa interrupción? Una servidumbre de toma de agua es continua, por más que el agua cese de correr por la clausura de la esclusa. El acto del hombre es necesario para abrir ésta; pero el uso de la servidumbre no consiste en el hecho de abrir la compuerta, sino en el correr del agua; ahora bien, el agua corre sin intervención del hombre. Pasa lo mismo con la servidumbre de vista: ella consiste en la existencia de una abertura que procure el aire y la luz, y que también sirva para ver: el uso de la servidumbre se interrumpe cuando las ventanas y postigos se cierran; para que vuelva á comenzar, se necesita un acto del hombre que abra las ventanas; esto no impide que la servidumbre de vista sea continua, supuesto que no es en el hecho de abrir las ventanas en lo que consiste la servidumbre, sino de el hecho de la existencia de esas aberturas.

Respecto á la servidumbre de vista hay, sin embargo, alguna duda, según el rigor de los principios. Ella tiene por objeto, en parte al menos, el ver, y por esto la ley califica de ventanas *de aspecto* las que se destinan á la servidumbre. Ahora bien, para ver, urgentemente se necesita el acto actual del hombre; luego, según la definición del código, la servidumbre sería discontinua, en tanto que tiene por objeto ver. Si, no obstante, el legislador la coloca entre las servidumbres continuas, sin duda que es

porque su objeto principal es procurar aire y luz: la *vista* propiamente dicha no es más que el accesorio.

128. Según los términos del art. 688, las servidumbres discontinuas son las que necesitan del hecho actual del hombre para ejercerse: la ley da como ejemplos los derechos de paso, de toma de agua y de pasto. Lo que caracteriza, pues, las servidumbres discontinuas, es que se necesita el hecho del hombre, tan á menudo como se quiere usar; si el hombre no interviene en cada ocasión, la servidumbre no puede ejercerse. Se ha pretendido que estas servidumbres pierden su carácter de discontinuidad, y se vuelven continuas cuando se anuncian por signos aparentes. Tal sería una servidumbre de paso, que se anunciase por una puerta, un camino. Esta opinión que es de Taulier y que tiene algun apoyo en la jurisprudencia, se ha quedado aislada. Está en oposición con el texto y el espíritu del código civil. La ley no admite dos especies de servidumbres discontinuas; no hay más que una sola, y acabamos de decir que la servidumbre no es discontinua sino cuando se ejerce por sí misma. ¿Y acaso una servidumbre de paso se ejerce por sí misma porque hay una puerta que anuncie su existencia? Esto es confundir las obras que constituyen ciertas servidumbres continuas con los signos que anuncian una servidumbre discontinua. Las vistas suponen aberturas practicadas en una pared; y desde el momento en que hay una ventana de aspecto, la servidumbre se ejerce por sí misma, sin que el hombre deba intervenir; por esta razón la llama continua. Cuando un paso se anuncia por una puerta, la servidumbre es aparente, dice el art. 689; por más que este signo exterior sea permanente, no resulta de ello que la servidumbre se ejerza por sí misma; ¿se concibe el ejercicio del derecho de paso sin el hecho de pasar? Si, á pesar de la existencia de obras exteriores, la servidumbre de

paso exige la obra del hombre tan á menudo como se emplee, esta servidumbre sigue siendo discontinua. La jurisprudencia se halla en este sentido (1). Se había sostenido que la servidumbre de paso cesa de ser discontinua cuando el propietario del predio dominante posee la llave que da salida al lugar en donde se ejerce el paso, porque por medio de esa llave la servidumbre puede ejercerse de un momento á otro; basta leer la definición de las servidumbres discontinuas dada por el art. 688, para convencerse de que esto es un error: ¿la posesión de una llave es suficiente para que la servidumbre se ejerza por sí misma? (2).

Núm. 2. Aplicación.

129. La división de las servidumbres en continuas y discontinuas hace un papel capital en la adquisición de las servidumbres: las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por títulos, mientras que las continuas, cuando al mismo tiempo son aparentes, se adquieren por la posesión de treinta años y por el destino del padre de familias (arts. 690-692). Más adelante expondremos los motivos de esta teoría.

De aquí resulta otra diferencia igualmente importante; pudiendo las servidumbres continuas y aparentes establecerse por títulos dan al que las ejerce desde hace un año por lo menos las acciones posesorias, cuando es pacífica y á título no precario (código de procedimientos, art. 23). Las servidumbres discontinuas no pueden ser objeto de una acción posesoria, porque la ley presume que se ejercen á título precario, por tolerancia y buena vecindad;

1 Sentencia de denegada apelacion, de 24 de Noviembre de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1117, 1°).

2 Grenoble, 3 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 235).

por esta razón es por lo que no se pueden adquirir por la prescripción y por el destino del padre de familia, y esta misma razón excluye las acciones posesorias. Nosotros nos limitamos á establecer el principio, porque esta materia no entra en el objeto de nuestro trabajo.

Existe también una diferencia entre las servidumbres continuas y discontinuas, en lo concerniente á la extinción por el no-uso. Cuando son discontinuas, la prescripción comienza á correr desde el día en qua se ha cesado de disfrutarlas; y cuando son continuas, desde el día en que se ha verificado un hecho contrario á la servidumbre (artículo 708). Más adelante insistiremos acerca de este punto.

130 Dependiendo el modo de adquisición de las servidumbres de su continuidad ó de su discontinuidad, á menudo surgen debates sobre la cuestión de saber si una servidumbre es continua ó discontinua. Hay servidumbres respecto á las cuales no cabe la menor duda. Tales son las servidumbres que consisten en no edificar, ó en no hacerlo más allá de cierta altura; el derecho que tiene el propietario de una casa para hacer que la pared del vecino soporte una viga, ó el derecho de hacer avanzar su galería, su balcón ó su techo hacia la heredad del vecino. Estas servidumbres se ejercen por sí mismas, luego son continuas. La ley coloca también las vistas entre las servidumbres continuas. Cuando se ejercen por aberturas practicadas en una pared, no hay duda alguna. ¿Qué debe resolverse si la vista se ejerce por medio de un terrado ó plataforma difícilmente establecida por el predio dominante? ¿también es continua tal servidumbre? ¿se adquiere por la prescripción? ¿da lugar á un acto posesorio? Hay un motivo muy serio para dudar. Una servidumbre de vista consiste esencialmente en recibir el aire y la luz en un edificio, mientras que una azotea no sirve para procurar eso al

predio dominante, sino únicamente para facilitar la vista y extenderla. ¿No es esa una servidumbre de prospecto? La corte de casación ha resuelto que la servidumbre era vista continua, prescriptible y con acción posesoria (1). La corte se funda en el art. 678. Este artículo determina la distancia á la cual se pueden tener vistas rectas ó "ventanas de aspecto, ú otros voladizos semejantes" sobre la heredad del vecino. Resulta de esto que, en el lenguaje del código, se entienden por vistas no solamente las aberturas por las cuales el aire y la luz penetran á un edificio, sino también las ventanas que se destinan á procurar una vista más ó menos extensa, los balcones y otras construcciones salientes, cuyo único objeto es permitir á los que habitan el predio dominante dirigir la vista hacia el predio sirviente. Luego desde el momento en que hay vista, importando poco la manera de ejercerla, hay servidumbre de vista, y la ley coloca esta servidumbre entre las que son continuas. Esto no se halla absolutamete en armonía con las definiciones del código; un terrado para nada sirve sin el hecho actual del hombre; la heredad dominante no recibe más aire ó menos luz de lo que recibiría si el terrado no existiese; no sirviendo más que para ver, la servidumbre debería clasificarse entre las servidumbres discontinuas; pero los arts. 678 y 688 resuelven la cuestión en sentido contrario. A nuestro juicio, esto es una consecuencia. Y ésta existe, como acabamos de hacerlo observar, aun para la servidumbre de vista (núm. 127).

Se ha fallado, por el contrario, que la servidumbre de perspectiva es una servidumbre discontinua. El código civil no habla de esta servidumbre; como no esta definida ni clasificada por la ley, hay que consultar la tradición. Ahora bien, dice la corte de Orleans, la servidumbre de

1 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 28 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 163): Aubry y Rau, t. 3^o, p. 66 y nota 5.

perspectiva se ha colocado siempre entre las servidumbres discontinuas; consiste, en efecto, en impedir que el propietario del predio sirviente edifique en su heredad, que haga plantíos que pudieran dañar la libertad de la vista de la heredad dominante (1). Es la servidumbre de no-edificar, con más extensión; y ¿la servidumbre de no-edificar, de no-plantar, acaso no es continua? Luego la servidumbre de perspectiva debiera clasificarse también entre las servidumbres continuas. Esta, según creemos, es una nueva inconsecuencia. La servidumbre de vista que se ejerce por balcones ó terrados sólo sirve para ver, lo mismo que la servidumbre de perspectiva; estos derechos no difieren en realidad sino por su extensión, y la extensión en nada cambia la naturaleza de la servidumbre. Si exige el hecho del hombre para ser ejercida, es discontinua: tales son el derecho de perspectiva y el de vista que se ejercen por un terreno; así, pues, uno y otro debieran colocarse entre las servidumbres discontinuas. Y si los arts. 678 y 688 nos obligan á considerar la servidumbre de vista, aun la que se ejerce por un terrado, como una servidumbre continua, otro tanto debe decirse de la servidumbre de perspectiva, supuesto que las dos servidumbres, idénticas en su esencia, sólo difieren por la extensión.

131. El art. 688 coloca entre las servidumbres continuas las conducciones de agua, que ordinariamente se llaman servidumbres de toma de agua. Nosotros hemos dicho que la manera de ejercer esta servidumbre en nada cambia su naturaleza: hay tomas de agua que se hacen solamente á hora determinada, en la mañana ó en la tarde, ó cada dos días, ó tales días de la semana; cuando el uso del derecho es intermitente, se necesita el hecho del hombre para abrir el canal que se había cerrado mientras no

1 Orleans, 24 de Diciembre de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, número 1019).

se ejercía la servidumbre; esto no impide que la servidumbre sea continua, supuesto que se ejerce sin el hecho del hombre, una vez que se quita el obstáculo (núm. 127). Sin embargo, la aplicación ha dado lugar á una dificultad. Se pregunta si el derecho de hacer correr hacia los predios inferiores las aguas de un estanque para efectuar la pesca es una servidumbre continua. La cuestión se ha resuelto negativamente en materia de acción posesoria, pareciéle al tribunal que el uso de un derecho que se ejerce nada más cada año no constituía una servidumbre continua y no podía ser objeto de una acción posesoria, la cual exige una posesión ánua. Esta decisión fué casada. El tribunal había perdido de vista la definición del código: ¿el derrame de las aguas del estanque exige el hecho actual del hombre? Tal es el único punto por examinar. Y la negativa no es dudosa según los principios que hemos dejado establecidos, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia. Cierto es que se tiene que levantar la compuerta para que salgan las aguas del estanque, pero lo mismo pasa con toda toma de agua que no se hace de una manera permanente. Alzar la compuerta es un acto pasajero; desde el momento en que está alzada, las aguas corren sin el hecho del hombre, supuesto que corren en virtud de una ley de la naturaleza (1).

132. ¿La servidumbre de derrame de las aguas de usos domésticos é industriales es continua ó discontinua? Se le llama servidumbre de vertedero, porque las aguas se transmiten al predio vecino por medio de un canalón con tubos de caída. En este punto hay una duda seria. En apariencia, la servidumbre de vertedero tiene el mismo carácter que la servidumbre de conducción de agua, que el código coloca entre las servidumbres continuas. Una

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

vez vertidas en el canalón, las aguas corren sin hecho del hombre, lo mismo que las aguas por el canal, una vez que se abre éste. Pero la analogía no es más que aparente. Cuando se abre el canal, el hombre no interviene sino para quitar el obstáculo que impide el derrame natural del agua; él es quien ha creado el obstáculo, es él quien lo quita; en cuanto á las aguas, ellas corren sin su hecho, y habrían corrido continuamente si no las hubiera detenido. Cosa muy diferente pasa con la servidumbre de vertedero, aquí se necesita el hecho del hombre para que haya aguas que corran; sin la casa y sin la industria dejaría de haber aguas de uso doméstico é industriales. Se necesita en seguida que estas aguas sean vertidas en el canalón nuevo hecho del hombre que debe renovarse cada vez que se ejerza la servidumbre. Estos son ciertamente los caracteres de la continuidad. La jurisprudencia se halla en este sentido, los autores están divididos (1).

133. No hay cuestiones que enardezcan tanto á los litigantes como los pleitos concernientes á las servidumbres; las más evidentes se llevan ante la corte de casación. Razón de más para insistir acerca de las aplicaciones, porque éstas sirven para evidenciar los principios. Se forma á orillas de un canal un establecimiento para el lavado de lanas; el lavado se hace por medio de una canasta móvil que se baja y momentáneamente se mantiene dentro del agua por medio de una polea fijada al balcón. ¿Es esta una servidumbre discontinua? Sí, dice la corte de casación, porque el movimiento de vaivén de la canasta que desciende al agua y después es subida al balcón para dejar la lana lavada y recibir de nuevo lana en bruto, exige

1 Aix, 31 de Enero de 1838, (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1117, 3^o). Sentencia de denegada apelación, de 19 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 479). En este sentido, Aubry y Rau, t. 3^o, p. 67 y nota 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 217, núm. 712. Lieja, 5 de Enero de 1865, (*Pasicrisia*, 1867, 2, 132).

el hecho actual é incesante del hombre (1). Hay, no obstante, un motivo para dudar. La servidumbre consiste en lavar las lanas en el agua agena, ¿y no se lavan éstas por sí mismas una vez que están en la canasta, así como la vista se ejerce por sí misma cuando están abiertas las ventanas, y el agua del estanque corre por sí misma estando alzada la compuerta? Nó, más bien hay analogía con el derrame de las aguas de uso doméstico. En cada ocasión que baja la canasta se necesita el hecho del hombre para poner en ella la lana; así, pues, es como si el hombre lavara, y en consecuencia, se necesita el hecho actual del hombre para el ejercicio de la servidumbre, lo que decide la cuestión.

134. Una municipalidad está en posesión, desde tiempo immemorial, de establecer su campo de feria en el terreno de un particular, despues de levantadas las cosechas. Se ha fallado que ella no había adquirido aquel derecho por prescripción, porque constituye una servidumbre discontinua. La cuestión presentaba muchas dificultades. Se preguntaba si el derecho de la comuna á celebrar su mercado en el terreno de un particular no debía considerarse como un derecho de co-propiedad. Claro es que podría ser co-propiedad; pero ¿el uso anual del predio con un fin especial bastaba para adquirir la propiedad? Nó, porque la propiedad no consiste en hacer un uso determinado de una cosa, sino en disfrutar y disponer de ella de una manera absoluta. Luego no podía invocarse la posesión como fundamento del derecho de propiedad. Tampoco era una servidumbre real, puesto que la posesión era discontinua. Y además ¿puede haber servidumbre sin un predio dominante? y en el caso de que se trata ¿en dónde está el predio dominante? ¿Estando ejercido el de-

1 Sentencia de denegada apelación, de 1^o de Junio de 1864, 1, 339.

recho por la comuna, cuerpo moral, no podía decirse que era un derecho de uso? La corte rechazó semejante interpretación, porque el derecho litigioso no presentaba ningún carácter del derecho de uso, tal como lo consagra el código civil (1). Esto es verdad, pero tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que puede haber otros desmembramientos distintos de la propiedad que los que textualmente están previstos por el código. Si se acepta esta opinión, habría sido preciso decidir, á lo que creemos, que en el caso habría uno de esos derechos de uso que se llaman irregulares, porque derogan el código. Nosotros, en otro lugar, hemos examinado la cuestión de principio (2).

§ III.—DE LAS SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES.

Núm. 1. Definición.

135. "Las servidumbres aparentes son las que se anuncian por medio de obras exteriores, tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Las servidumbres no aparentes son las que no tienen signo exterior de su existencia, como, por ejemplo, la prohibición de edificar en un predio ó de no edificar sino á una altura determinada." Hay una diferencia de redacción en las dos definiciones dadas por el art. 689. La ley exige obras exteriores, al definir las servidumbres aparentes, mientras que parece conformarse con signos exteriores cuando define las servidumbres no aparentes. Hay acuerdo en aceptar esta última expresión por ser la más amplia, y se dice, que tal parece ser el pensamiento definitivo de la ley, supuesto

1 Sentencia de Riom, de 3 de Diciembre de 1844 (Daloz, 1846, 288). Compárese sentencia de denegada apelación, de 2 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 250).

2 Véase el t. 7º de esta obra, núm. 108.

que repite la palabra *signos* en el art. 694 (1). Esta interpretación es más que dudosa. La ley no se limita á definir las servidumbres aparentes al exigir obras exteriores, sino que da ejemplos que explican su pensamiento; ahora bien las "puertas, las ventanas, los acueductos" son más que signos, son obras, es decir, trabajos que tienen un carácter de permanencia, de perpetuidad. Esto corresponde mejor al espíritu de la ley. Las servidumbres deben ser aparentes para que puedan adquirirse por la prescripción y por el destino del padre de familia; en uno y otro caso, importa despertar la atención del propietario del predio sirviente, á fin de que pueda oponerse á las empresas de su vecino. Luego no es la expresión más amplia la que se debe escoger, sino más bien la que favorece la libertad de los predios. En cuanto al art. 694, debe hacerse á un lado, porque prevee un caso enteramente especial.

136. ¿Precisa que las obras estén ejecutadas en el predio sirviente? El art. 689 no lo exige, y si han de restringirse las servidumbres, por interés de la libertad de los predios, no se puede, no obstante, agregar algo á la ley exagerando su rigor. La distinción de las servidumbres aparentes y no aparentes se ha establecido para determinar la manera de adquisición de las servidumbres; las que no son aparentes no se adquieren por la prescripción ni por el destino del padre de familia. ¿Por qué? Porque, en caso de prescripción, no puede reprocharse al propietario del predio dominante que no se haya opuesto al ejercicio de la servidumbre, cuando no ve obra ninguna que anuncie la existencia de una servidumbre; ahora bien, él ve que el vecino quiere ejercer una servidumbre desde

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 67 y notas 10 y 11, y las autoridades que allí se citan. Hay una sentencia en este sentido, de Bourges, de 13 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1028).

recho por la comuna, cuerpo moral, no podía decirse que era un derecho de uso? La corte rechazó semejante interpretación, porque el derecho litigioso no presentaba ningún carácter del derecho de uso, tal como lo consagra el código civil (1). Esto es verdad, pero tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que puede haber otros desmembramientos distintos de la propiedad que los que textualmente están previstos por el código. Si se acepta esta opinión, habría sido preciso decidir, á lo que creemos, que en el caso habría uno de esos derechos de uso que se llaman irregulares, porque derogan el código. Nosotros, en otro lugar, hemos examinado la cuestión de principio (2).

§ III.—DE LAS SERVIDUMBRES APARENTES Y NO APARENTES.

Núm. 1. Definición.

135. "Las servidumbres aparentes son las que se anuncian por medio de obras exteriores, tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Las servidumbres no aparentes son las que no tienen signo exterior de su existencia, como, por ejemplo, la prohibición de edificar en un predio ó de no edificar sino á una altura determinada." Hay una diferencia de redacción en las dos definiciones dadas por el art. 689. La ley exige obras exteriores, al definir las servidumbres aparentes, mientras que parece conformarse con signos exteriores cuando define las servidumbres no aparentes. Hay acuerdo en aceptar esta última expresión por ser la más amplia, y se dice, que tal parece ser el pensamiento definitivo de la ley, supuesto

1 Sentencia de Riom, de 3 de Diciembre de 1844 (Daloz, 1846, 288). Compárese sentencia de denegada apelación, de 2 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 250).

2 Véase el t. 7º de esta obra, núm. 108.

que repite la palabra *signos* en el art. 694 (1). Esta interpretación es más que dudosa. La ley no se limita á definir las servidumbres aparentes al exigir obras exteriores, sino que da ejemplos que explican su pensamiento; ahora bien las "puertas, las ventanas, los acueductos" son más que signos, son obras, es decir, trabajos que tienen un carácter de permanencia, de perpetuidad. Esto corresponde mejor al espíritu de la ley. Las servidumbres deben ser aparentes para que puedan adquirirse por la prescripción y por el destino del padre de familia; en uno y otro caso, importa despertar la atención del propietario del predio sirviente, á fin de que pueda oponerse á las empresas de su vecino. Luego no es la expresión más amplia la que se debe escoger, sino más bien la que favorece la libertad de los predios. En cuanto al art. 694, debe hacerse á un lado, porque prevee un caso enteramente especial.

136. ¿Precisa que las obras estén ejecutadas en el predio sirviente? El art. 689 no lo exige, y si han de restringirse las servidumbres, por interés de la libertad de los predios, no se puede, no obstante, agregar algo á la ley exagerando su rigor. La distinción de las servidumbres aparentes y no aparentes se ha establecido para determinar la manera de adquisición de las servidumbres; las que no son aparentes no se adquieren por la prescripción ni por el destino del padre de familia. ¿Por qué? Porque, en caso de prescripción, no puede reprocharse al propietario del predio dominante que no se haya opuesto al ejercicio de la servidumbre, cuando no ve obra ninguna que anuncie la existencia de una servidumbre; ahora bien, él ve que el vecino quiere ejercer una servidumbre desde

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 67 y notas 10 y 11, y las autoridades que allí se citan. Hay una sentencia en este sentido, de Bourges, de 13 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1028).

el momento en que éste hace en su predio obras que anuncien una servidumbre; cuando, por ejemplo, el propietario de una pared practica en ella ventanas que se abren y se cierran; en este caso, los trabajos casi no pueden hacerse sino en el predio dominante. El destino del padre de familia se funda en la intención de las partes contrayentes; para que pueda suponerse esta intención, se necesita que hiera la vista algún signo exterior, importando poco, por lo demás, en qué fundo se halla, con tal que sea visible para todo el mundo y sobre todo para aquél cuyo predio ha de gravarse con una carga. La apariencia es lo esencial (1).

Núm. 2. Aplicación.

137. Acabamos de decir que las servidumbres aparentes se adquieren por la prescripción y por el destino del padre de familia, cuando al mismo tiempo son continuas; mientras que las servidumbres no aparentes no se adquieren sino por título, arts. 690 y 691. Por consiguiente, las primeras son las únicas que den las acciones posesorias. Hay que aplicar aquí lo que hemos dicho de la distinción de las servidumbres continuas y discontinuas, núm. 129. La clasificación ha provocado debates judiciales, pero á diferencia de la continuidad, la apariencia no da lugar á dificultades serias.

138. El código coloca la servidumbre de vista entre las servidumbres aparentes, porque se anuncia por una ventana, art. 689. ¿Quiere decir esto que toda abertura en una pared sea el signo exterior de una servidumbre de vista? No; las aberturas á las cuales se da generalmente el nombre de *luces* están practicadas en virtud del derecho de propiedad; luego cuando están construidas según

1 Demolombe, t. 12, p. 223, núm. 718, y p. 222, núm. 715. Aubry y Rany, t. 3º, p. 68 y las notas 12 y 13.

las prescripciones de la ley, no anuncian una servidumbre, arts. 676 y 677. ¿Basta que no sean conformes á las disposiciones del código para que estén hechas á título de servidumbre? Nosotros hemos examinado la cuestión en el núm. 60. Es claro que una servidumbre de vista no puede adquirirse por la prescripción sino cuando es aparente; luego es preciso que los trabajos exteriores marquen la intención de adquirir una vista, porque de lo contrario no podría haber prescripción. Se ha fallado que la substitución de bastidores fijos por móviles en nada innovaba los signos exteriores de la servidumbre; que este cambio podía haberse operado sin que el vecino lo hubiera notado, y que, por consiguiente, él no podía tener prescripción (1). La cuestión es de hecho más bien que de derecho. Si las luces son de vidrieras fijas, es decir, construidas de manera que no puedan abrirse, y si las reemplaza por ventanas de abrir y cerrar, es difícil aceptar que el vecino no se aperciba de ello. Sin embargo, al juez corresponde decidir conforme á las circunstancias del caso.

En una sentencia de la corte de Lieja se lee que la servidumbre de *luz* siempre es oculta (2). A decir verdad, no existe la servidumbre de luz en nuestro derecho moderno. Si las aberturas sólo dan *luz*, entran en la categoría de lo que el código llama servidumbre legal; lo que excluye toda idea de servidumbre, es el ejercicio de la propiedad. La abertura practicada en una pared no se vuelve servidumbre á cargo del predio vecino sino cuando se ha hecho fuera de las condiciones prescritas por la ley; entonces toma el nombre de *vista*. Luego en nuestro derecho sólo puede tratarse de una servidumbre de vista, anunciándose por ventanas de aspecto.

1 Sentencia de denegada apelación, de 1º de Marzo de 1831 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1099).

2 Lieja, 1º de Febrero de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 242).

139. La misma sentencia de la corte de Lieja resuelve que la servidumbre de perspectiva es no-aparente. Ciertamente es que esta servidumbre no puede existir en favor de un edificio sino cuando en él hay ventanas de aspecto; pero las ventanas no bastan para que haya un signo de servidumbre; si están abiertas á la distancia legal, son ellas el ejercicio del derecho de propiedad, lo que no impide que el propietario de la casa pueda tener la servidumbre de perspectiva, supuesto que consiste en no hacer nada que pueda estorbar la vista ó hacerla menos agradable; pero no podrá tenerla sino en virtud de un título, supuesto que ningún signo anuncia su existencia. Que si las ventanas están construidas á una distancia menor que la legal, son el signo de una servidumbre de vista; pero una servidumbre de vista no lo es de perspectiva; ésta, por su naturaleza, no puede anunciarse por un signo exterior.

140. ¿La servidumbre de derrame es aparente? Puede serlo, y ordinariamente si lo es, porque se manifiesta por signos exteriores, la construcción del tejado y sus canales. Puede suceder también que sea aparente. Se ha presentado el caso ante la corte de casación. Había en el predio dominante pequeños canales, abiertos en piedra de construcción, que llevaban las aguas pluviales y las de uso doméstico á un agujero destinado á recibirlas; allí desaparecían debajo del empedrado, y tomaban una dirección subterránea. Estaba comprobado que penetraban en la heredad del vecino pasando por debajo de la pared medianera y venían á caer, siempre subterráneamente en las fosas de letrinas del vecino. Resultaba de estos hechos que la servidumbre reclamada no podía adquirirse por la prescripción, porque la posesión carecía de la publicidad requerida por la ley. En verdad que había obras exteriores, los pequeños canales que recibían las aguas, pero na-

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).

cia de una servidumbre, á no ser la situación del canal relativamente á las tierras ribereñas; esto sería á lo sumo un *signo* pero no una *obra*. Se ve, por este caso, qué importante es ceñirse al texto del art. 689, que exige *obras* exteriores para que la servidumbre sea aparente.

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

143. Las leyes romanas dicen que toda servidumbre consiste, por parte del propietario del predio sometido, en sufrir ó en no hacer. Por esto se llaman servidumbres positivas ó afirmativas las que obligan al predio sirviente á sufrir ó permitir algo, y se da el nombre de negativas á las que obligan al propietario del predio sirviente á no hacer algo. Las servidumbres de no edificar ó de no hacerlo más allá de cierta altura son servidumbres negativas, mientras que las servidumbres de paso y de vista son servidumbres positivas. Resulta de estas definiciones que todas las servidumbres negativas son continuas; en efecto, como consisten en no hacer, ne exigen ciertamente el hecho actual del hombre para ser ejercidas (1).

Demolombe dice que esta distinción es de pura teoría (2). Ciertamente es de doctrina, supuesto que la ley no la establece; pero no carece de utilidad en lo concerniente á la adquisición de la posesión de las servidumbres. Volveremos á ocuparnos de esto al tratar del establecimiento de las servidumbres por la posesión de treinta años.

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Duranton, 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.

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 crea 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? No, 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 ninguna 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 Rousset, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1842 de la sala de lo civil (Daloz, *Servidumbre*, núm. 980).

cia de una servidumbre, á no ser la situación del canal relativamente á las tierras ribereñas; esto sería á lo sumo un *signo* pero no una *obra*. Se ve, por este caso, qué importante es ceñirse al texto del art. 689, que exige *obras* exteriores para que la servidumbre sea aparente.

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

143. Las leyes romanas dicen que toda servidumbre consiste, por parte del propietario del predio sometido, en sufrir ó en no hacer. Por esto se llaman servidumbres positivas ó afirmativas las que obligan al predio sirviente á sufrir ó permitir algo, y se da el nombre de negativas á las que obligan al propietario del predio sirviente á no hacer algo. Las servidumbres de no edificar ó de no hacerlo más allá de cierta altura son servidumbres negativas, mientras que las servidumbres de paso y de vista son servidumbres positivas. Resulta de estas definiciones que todas las servidumbres negativas son continuas; en efecto, como consisten en no hacer, ne exigen ciertamente el hecho actual del hombre para ser ejercidas (1).

Demolombe dice que esta distinción es de pura teoría (2). Ciertamente es de doctrina, supuesto que la ley no la establece; pero no carece de utilidad en lo concerniente á la adquisición de la posesión de las servidumbres. Volveremos á ocuparnos de esto al tratar del establecimiento de las servidumbres por la posesión de treinta años.

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Duranton, 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.

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 crea 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? No, 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 ninguna 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 Rousset, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1842 de la sala de lo civil (Daloz, *Servidumbre*, núm. 980).

cia de una servidumbre, á no ser la situación del canal relativamente á las tierras ribereñas; esto sería á lo sumo un *signo* pero no una *obra*. Se ve, por este caso, qué importante es ceñirse al texto del art. 689, que exige *obras* exteriores para que la servidumbre sea aparente.

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

143. Las leyes romanas dicen que toda servidumbre consiste, por parte del propietario del predio sometido, en sufrir ó en no hacer. Por esto se llaman servidumbres positivas ó afirmativas las que obligan al predio sirviente á sufrir ó permitir algo, y se da el nombre de negativas á las que obligan al propietario del predio sirviente á no hacer algo. Las servidumbres de no edificar ó de no hacerlo más allá de cierta altura son servidumbres negativas, mientras que las servidumbres de paso y de vista son servidumbres positivas. Resulta de estas definiciones que todas las servidumbres negativas son continuas; en efecto, como consisten en no hacer, ne exigen ciertamente el hecho actual del hombre para ser ejercidas (1).

Demolombe dice que esta distinción es de pura teoría (2). Ciertamente es de doctrina, supuesto que la ley no la establece; pero no carece de utilidad en lo concerniente á la adquisición de la posesión de las servidumbres. Volveremos á ocuparnos de esto al tratar del establecimiento de las servidumbres por la posesión de treinta años.

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Duranton, 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.

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 crea 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? No, 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 ninguna 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 Rousset, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1842 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-participes? 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 TÍTULO.

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

¿Puede también el tribunal ordenar que algunas partes de la heredad, como el patio y la parte cochera, permanezcan comunes entre los co-participes? 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 TÍTULO.

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 excepción 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; se 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-

ren 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 (*Pasicrisia*, 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 enunciaci-ones 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 enunciaci-ones se hicieron; en este sentido, no hay ninguna diferencia entre las enunciaci-ones y lo dispositivo; pero las enunciaci-ones 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 Pothier, "De las obligaciones," núm. 740. Compárese una erudita requisitoria de De Paere, 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 inadmisable, 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 Durantou, 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 Ronstain, 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 recognitivo (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 dársela. 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 (Daloz, 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. 3^o, página 75 y nota 20; Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 757. En sentido contrario; Mourlon, t. 1^o, 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 cointerésados 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. 3^o, 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 exponemos 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. Durantou, 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. 1º 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; habíase imaginado servidumbres de un nuevo género, que se llamaban *superficiales*, y se permitía al poseedor imponerlas al predio. El orador del Tribunal dijo en su discurso que deben

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

2 Pothier, "Introducción al tit. 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-propietario 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-propietarios 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-propietario no puede conceder servidumbre (3). No se perciben 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 (Loché, t. 4º, p. 196). Pardessus, t. 2º, p. 11, núm. 244.

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

3 Toullier, t. 2º, p. 258, núm. 573. Pardessus, t. 2º, 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 el 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? No; en vano el co-propietario 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. No, 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 cause 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, si, 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 dador 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 dador 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, 1º).
2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 7. Duranton, t. 5º, 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. Siguese 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-propietario 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 no 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? ¿Que la servidumbre está válidamente construida? No, 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, si 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-propietario: "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. 1º, número 2, t. 31, p. 37.

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

3 Toullier, t. 2º, 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 dedalo 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? No, 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 inclinamos 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 esta 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 hablar á nombre de un predio sobre el cual no tiene ningún derecho? Demolombe 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, dícese, 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 tratase 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 contratada 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 (Daloz, 1851, 2, 214).

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 contratada 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).

Los 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. Dejase 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 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1004, 5^o) y de 15 de Enero de 1839 (*ibid.*, número 1015, 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 Paris. El código, dice el relator del Tribunado, no tenia 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 Albissou, Informe rendido al Tribunal, núm. 16 (Looré, t. 4^o, 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. 3.º, p. 83 y nota 1.ª, y las autoridades que citan. Sentencia de denegada apelación, de 26 de Abril de 1837 y de 24 de Febrero de 1840 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 1021, 1.º 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 si 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 2.

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 hiciere 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, 1.º 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. 2.º, página 1771, núm. 2.

2 Ducanroy, Bonnier y Roustain, t. 2.º, 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. 13, 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 co-partícipe. 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. 3º, 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 preveen 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 1831 (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 pudieron 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 Zachariae, 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 *continúa 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 Tribunado. 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. 3º, 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. 645, núm. 549 bis. Ducanroy, Bonnier y Roustain, p. 240, núm. 354. Demolombe, t. 12, p. 314, núm. 821; Aubry y Rau, t. 3º, ps. 87 y siguientes, y nota a. La jurisprudencia se halla en este sentido; pero las sentencias, incluso 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). Donai, 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, 116; 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 noble 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 ("Pasicrisia," 1866, 1, 358).

3 Nancy, 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 más 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, 493).

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 prevé 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 a 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 (*Pasierisia*, 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 prevé 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 afecta 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 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1034).

2 Véanse las sentencias en Daloz, *Servidumbre*, núm. 1037. Y sentencia de Paris de 15 de Mayo de 1862, confirmada por una sentencia de denegada apelación de 7 de Abril de 1863 (Daloz, 1862, 2, 111 y 1863, 1, 415). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación de 10 de Mayo de 1825 (Daloz, "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 alcuota que presuntamente 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 casación, 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 podía 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 (Dallos, 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. 3^o, p. 88, y nota 12. En sentido contrario, Mourlon, "De la transcripción," t. 1^o, 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 exponemos 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.—PRESCRIPCIÓN.

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.

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 exponemos 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.—PRESCRIPCIÓN.

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 a 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 vetus tempus habet vim constituti, nec dicitur præscriptum, sed titulum."

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 Roustain, 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 usucapión 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. Dacourroy, Bonnier y Rousset, 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 garantizar 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 Durantou, 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 ofrezcan 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 opondrá la regla:

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

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

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 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1107, 1^o y 2^o).

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 construída 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. Sigue-se 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 habla 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 predios seguirían siendo lo que son, y no obstante, la cuestión no podría ser de derecho, porque el hombre sólo es un ser 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 (Daloz, 1868, 1, 433).

vale á renunciarla el declarar que la posesión es de pura tolerancia? Nó, porque 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 Ran, t. 3º, 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 Illoz*, 1846, 2, 68).

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 (*Pa. cieucia*, 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 (*Pasjerisia*, 1869, 2, 340).

2 Gante, 20 de Junio de 1843 (*Pasjerisia*, 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, prevaleciéndose 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, 168).

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 sola 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 quien 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 decidir 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. 13 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 ajeno, 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-

Marzo de 1870, (*Pasicrisia*, 1870, 153) y la requisitoria del procurador general Leclercq (*ibid.*, pá. 159 y siguientes).

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 (Daloz, 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 (*Pasicrisia*, 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 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 (*Dalloz*, 1857, 1, 236). Bourges, 30 de Enero de 1826 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 1137, 3.º).

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.

SECCION III.—Del ejercicio de las servidumbres.

§ I.—CUALES SERVIDUMBRES PUEDEN ESTABLECERSE.

219. El art. 686 dice que se permite que los propietarios establezcan en sus propiedades, ó en favor de éstas, las servidumbres que les parezca. Este derecho se deriva del poder que tiene en su cosa el propietario, el cual pue-

1 Burdeos, 11 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 de Enero de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1138).

2 Gante, 30 de Junio de 1843 (*Pasivrisia*, 1843, 2, 185).

3 Burdeos, 26 de Octubre de 1859, y 16 de Enero de 1860 (*Pasivrisia*, 1861, 2, 61 y 63). Compárese Bruselas, 18 de Julio de 1849 (*Pasivrisia*, 1843, 2, 185);

de disponer de ella de la manera más absoluta (art. 544), lo que implica la facultad de desmembrarla ó de gravarla con derechos reales. Cuando el desmembramiento aprovecha á otra persona ó á otra heredad, toma el nombre de servidumbre personal ó real. Parece que el art. 686 prohíbe las servidumbres personales, porque agrega: "Con tal, no obstante, que estos servicios no se impongan ni á la persona, ni á favor de la persona, sino únicamente á un predio y para un predio." Nosotros hemos explicado esta disposición en otra parte de esta obra (t. VII, núms. 144 y 145, y t. VI, núm. 323). Aquí no nos ocupamos más que de las servidumbres reales. El establecimiento de éstas sufre igualmente una restricción; el art. 686 añade: "Con tal que, por otra parte, estos servicios nada tengan de contrario al orden público." Esta reserva es de derecho común. Los particulares nunca pueden derogar las leyes que interesan al orden público (art. 6). Hemos dicho en el tomo I de esta obra (núms. 47 y 49) que esta regla debe formularse de una manera más general; no se permite á las partes contrayentes que deroguen lo que es de interés general. El principio recibe también su aplicación á las donaciones y testamentos. Hay, sin embargo, gran diferencia entre los contratos á título oneroso y los actos á título gratuito: en éstos las cláusulas y condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres se tienen por no escritas, artículo 900, mientras que estas mismas condiciones vuelven nulo el convenio que de ellas depende (art. 1172). Volveremos á insistir en estas diferencias en el título de las *Donaciones*.

Las palabras *orden público* tienen una doble significación: en el sentido estricto se refieren al estado de las personas, y significan que las servidumbres convencionales no pueden derogar las leyes que han abolido el régimen feudal, como

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.

SECCION III.—Del ejercicio de las servidumbres.

§ I.—CUALES SERVIDUMBRES PUEDEN ESTABLECERSE.

219. El art. 686 dice que se permite que los propietarios establezcan en sus propiedades, ó en favor de éstas, las servidumbres que les parezca. Este derecho se deriva del poder que tiene en su cosa el propietario, el cual pue-

1 Burdeos, 11 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 de Enero de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1138).

2 Gante, 30 de Junio de 1843 (*Pasivrisia*, 1843, 2, 185).

3 Burdeos, 26 de Octubre de 1859, y 16 de Enero de 1860 (*Pasivrisia*, 1861, 2, 61 y 63). Compárese Bruselas, 18 de Julio de 1849 (*Pasivrisia*, 1843, 2, 185);

de disponer de ella de la manera más absoluta (art. 544), lo que implica la facultad de desmembrarla ó de gravarla con derechos reales. Cuando el desmembramiento aprovecha á otra persona ó á otra heredad, toma el nombre de servidumbre personal ó real. Parece que el art. 686 prohíbe las servidumbres personales, porque agrega: "Con tal, no obstante, que estos servicios no se impongan ni á la persona, ni á favor de la persona, sino únicamente á un predio y para un predio." Nosotros hemos explicado esta disposición en otra parte de esta obra (t. VII, núms. 144 y 145, y t. VI, núm. 323). Aquí no nos ocupamos más que de las servidumbres reales. El establecimiento de éstas sufre igualmente una restricción; el art. 686 añade: "Con tal que, por otra parte, estos servicios nada tengan de contrario al orden público." Esta reserva es de derecho común. Los particulares nunca pueden derogar las leyes que interesan al orden público (art. 6). Hemos dicho en el tomo I de esta obra (núms. 47 y 49) que esta regla debe formularse de una manera más general; no se permite á las partes contrayentes que deroguen lo que es de interés general. El principio recibe también su aplicación á las donaciones y testamentos. Hay, sin embargo, gran diferencia entre los contratos á título oneroso y los actos á título gratuito: en éstos las cláusulas y condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres se tienen por no escritas, artículo 900, mientras que estas mismas condiciones vuelven nulo el convenio que de ellas depende (art. 1172). Volveremos á insistir en estas diferencias en el título de las *Donaciones*.

Las palabras *orden público* tienen una doble significación: en el sentido estricto se refieren al estado de las personas, y significan que las servidumbres convencionales no pueden derogar las leyes que han abolido el régimen feudal, como

lo hemos explicado al exponer los principios generales sobre las servidumbres. La expresión *orden público* tiene, además, un sentido más amplio, es sinónima de *interés público*; así es que los convenios que establecen una servidumbre no pueden derogar el interés general. Hemos visto una aplicación de este principio al explicar el art. 674. Este artículo prescribe las precauciones que deben tomarse para ciertas construcciones que pueden dañar á los vecinos; unas son de interés privado, y se permite á las partes contrayentes que las renuncien; las otras son concernientes á la seguridad pública, y no se permite deragorlas (núm. 26).

220. La aplicación del art. 686 suscita dificultades en buen número. Con frecuencia es difícil determinar el carácter de un derecho estipulado por las partes contrayentes. ¿Es un derecho de obligación? ¿es un derecho de servidumbre? Tal es la cuestión de saber si el derecho de caza puede estipularse á título de derecho real; nosotros la examinamos en otro lugar (t. VI, núm. 106; y t. VII, números 106 y 108). A veces lo que es incierto es la calificación del derecho real. Si el derecho es un derecho real, bastante poco importa de qué manera se le califique, supuesto que es de principio que los propietarios pueden desmembrar su derecho de propiedad como se les ocurra, y todos estos derechos reales están regidos por los mismos principios. Vamos á recorrer algunos casos que se han presentado ante los tribunales.

Se pregunta si se puede estipular, á título de servidumbre, el derecho de plantar en terreno ajeno. Hay que distinguir las plantaciones que se hacen en la vía pública y las que se hacen en una propiedad particular. En cuanto á los árboles plantados en un camino público, la ley de 28 de Agosto de 1792 dispone, art. 14: "todos los árboles actualmente existentes en los caminos públicos, que no

sean los caminos reales nacionales, y en las calles de las ciudades, aldeas y villorios se reputan como pertenecientes á los propietarios ribereños, á menos que las comunas justifiquen haber adquirido la propiedad por título ó posesión." ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Los ribereños tienen la propiedad de los árboles plantados en un terreno que, de derecho común, forma parte del dominio público de la comuna. Ahora bien, según los términos del art. 547, los árboles pertenecen como frutos al propietario del predio, por derecho de accesión. Así, pues, cuando los árboles son propiedad de los ribereños, el dominio de la comuna se desmembra. En vano se diría que, estando el dominio público fuera del comercio, no se le puede gravar con una servidumbre. Este principio no es absoluto. Aquí hay una ley formal que pone fin á toda duda: los ribereños tienen derecho á aquellos árboles que, en virtud del derecho de propiedad, deberían pertenecer á la comuna, y éste es ciertamente un derecho real. ¿Este derecho existe también en el sentido de que los ribereños tengan derecho á hacer nuevas plantaciones? La ley de 92 no les da el derecho de plantar, sino que antes bien se los rehúsa, supuesto que limita el derecho de los ribereños á los "árboles actualmente existentes." Al discutirse la ley de 1841 sobre los caminos vecinales, se suscitó la cuestión en el senado. Sostúvose que los ribereños tenían el derecho de plantar en virtud de la ley de 1792, cosa que no es exacta. El ministro de gobernación declaró que si un ribereño había adquirido el derecho de plantar en un camino, se le conservaba este derecho.

¿Pero cómo puede adquirir ese derecho? El ministro contesta que podrá adquirirlo por la prescripción (1). Hay que añadir que los ribereños tienen ese derecho á

1 Delebecque, "Comentario sobre la ley de 10 de Abril de 1841," 55, núm. 92.

título de propietario, allí en donde, como en Flandes, tienen la propiedad de los caminos vecinales, de los cuales las comunas tienen únicamente el goce á título de servidumbre. Por derecho común, el propietario de un predio sirviente puede plantar en el camino que sirve de paso, con tal que la plantación no haga un perjuicio á la servidumbre, art. 701. Ahora bien, se supone que la plantación no perjudica la circulación, que no es contraria al destino del camino, porque de lo contrario podría ser cuestión de prescripción. Luego se permanece bajo el imperio de los principios generales, lo que decide la cuestión en favor de los ribereños. Si se puede tener el derecho de plantar en una vía pública, á título de servidumbre, con mayor razón se puede tener ese derecho en las propiedades privadas. Y siendo la servidumbre aparente y continua, podrá adquirirse por la prescripción. En otro lugar de esta obra hemos dicho que el derecho de tener árboles en el predio ajeno existe en muchas localidades. Merlin llama á este derecho una propiedad parcial (1). ¿No es más bien una servidumbre? El que tiene derecho á una cierta especie de árboles que crecen en un bosque ningún derecho tiene en el suelo, por lo que no es propietario; tiene derecho á los frutos sin tener la propiedad del suelo que los produce. Este, en verdad, es un derecho de una naturaleza particular. Difiere de las servidumbres, en que la servidumbre es un derecho inmobiliario, mientras que el derecho que se tiene en los árboles, cuando no es uno propietario del suelo, es un derecho mobiliario. No es un derecho de propiedad, puesto que el suelo pertenece á otro. Luego es un derecho de una naturaleza especial. Hay una sentencia de la corte de casación que parece contraria. En el caso de que se trata, la posesión de los ár-

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra Comuna, pfo. 7.
Y el t. 6º de estos "Principios," núm. 85.

boles era un simple hecho, porque el poseedor no había alejado una posesión á título de propietario ni á título de servidumbre. La cuestión entraba, pues, bajo la aplicación del art. 555, y nada de común tenía con la dificultad que acabamos de examinar (1). Esta materia da margen á otras muchas dificultades; pero creemos inútil entrar al debate, porque casi no tiene interés práctico.

221. Una comuna, al vender un terreno contiguo á una plaza pública, estipula que los adquirentes estarán obligados á edificar dentro de un plazo determinado. Esta estipulación se hizo evidentemente en provecho de la plaza pública. ¿Es una servidumbre? La corte de Gante falló que es un gravamen real que pesa sobre los terrenos vendidos, y que, en consecuencia, los sigue en las manos de los sub-adquirentes. Estos no pueden quejarse de que se imponga á su propiedad una restricción en la cual no han consentido. Si el gravamen es real, pasa por lo mismo á todos los sucesores del predio, sin que deba declararse. Los terceros, por otra parte, están avisados por el registro de la escritura de venta (2). Nosotros creemos que el tribunal ha fallado bien. Queda por saber si este gravamen constituye una servidumbre. No lo creemos así. Se objeta que si existe una servidumbre de no edificar, puede haber también una de edificar; que en uno y otro caso, el derecho del propietario está restringido. Nosotros contestamos que las servidumbres no consisten en hacer; la ley permite, cierto es, cargar al propietario del predio sirviente con los trabajos necesarios para el uso de la servidumbre; pero este gravamen, real también, es el accesorio de una servidumbre principal; mientras que en el caso de que se trata, la carga principal consistiría en hacer. Lue-

1 Sentencia de casación, 11 de Junio de 1839.

2 Fallo del tribunal de Gante, de 13 de Agosto de 1860. A apelación, el negocio se transó. ("Bélgica judicial," t. 22, p. 884).

go es una carga de una naturaleza particular. Si el tribunal ha resuelto que fuese real, es porque se había estipulado en provecho de una plaza pública y no en interés de una persona; en este sentido, participaba del carácter de las servidumbres.

222. Se ha estipulado en una escritura de venta "que las construcciones que se levanten en los terrenos que los vendedores posean todavía deberán ser del uso de habitaciones burguesas, hechas y agenciadas como tales." La corte de Lyon falló que esta estipulación constituía una servidumbre; la sentencia la asimila á la servidumbre de no edificar (1). ¿No podría objetarse que en este caso hay también obligación de hacer, y por lo tanto servidumbre? No; hay una diferencia entre el caso que acabamos de examinar, núm. 221, y éste. En el primero, los adquirentes estaban obligados á edificar, es decir, á hacer. Mientras que en el caso resuelto por la corte de Lyon, los vendedores no estaban obligados á edificar; pero si edificaban, debían construir casas burguesas; luego les estaba prohibido construir casas obreras; en este sentido, el gravamen que se les imponía consistía en no hacer, luego había servidumbre. Se hacía otra objeción, pretendiendo que la obligación de no edificar más casas que burguesas era un derecho de crédito, es decir, una obligación personal impuesta á los vendedores, y de aquí se concluía que el gravamen, no siendo real, no pasaba á los sucesores. La corte de Lyon contesta que los términos de la convención eran absolutos, de lo que resultaba que el gravamen estaba impuesto á todo poseedor de predio, por lo que constituía una servidumbre. Es verdad que el convenio agregaba que, una vez construidas las casas, se tendría por cumplida la estipulación, porque las partes no pretendían crear una "servidumbre perpetua." Pero esta cláusula no

1 Lyon, 1.º de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 71).

probaba más que una sola cosa, y es que la servidumbre en lugar de ser perpetua, no era más que transitoria.

223. ¿La obligación de sufrir los inconvenientes del humo que se escapa de las chimeneas vecinas es una servidumbre? En otro lugar de esta obra (t. VI, núm. 146) hemos dicho que esta obligación es una de las que nacen de la vecindad; luego es de derecho común; es condición natural de la propiedad la de ser restringida por el derecho igual de los otros propietarios. Sin embargo, estas cargas nacidas de la vecindad tienen su límite. Ellas se justifican por la consideración de que si un propietario experimenta una molestia él por su parte hace sufrir la misma molestia á su vecino. Se rompe esta igualdad cuando uno de los vecinos hace un uso immoderado de su derecho, ó cuando se levanta una de esas inmensas fábricas que difunden una humareda dañosa al vecindario. En otros casos, la emisión del humo toma los caracteres de una verdadera servidumbre. Quiere decir que el propietario no puede esparcir un humo excepcional sino cuando ha adquirido el derecho por título. La corte de Metz así lo ha fallado (1). Acabamos de decir que se necesitaba un título; en efecto, la servidumbre es discontinua, puesto que cada día se necesita el hecho del hombre para que el humo se produzca. En el caso juzgado por la corte de Metz, la servidumbre se había adquirido bajo el imperio del antiguo derecho, luego formaba un derecho adquirido al publicarse el código civil.

224. ¿El derecho de excavar para buscar minas, constituye una servidumbre? Cuando se estipula este derecho en provecho de una mina, no hay duda alguna, supuesto que, en este caso, hay un gravamen establecido en un predio para provecho de otro. ¿Pero qué debe resolverse si hay una simple concesión de minas hecha á un tercero no

1 Metz, 29 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 26).

propietario de los predios que se deben explotar? ¿En dónde está entonces la heredad dominante? ¿y si no hay predio para cuya utilidad se estipule el gravamen, puede haber servidumbre? La cuestión ha sido resuelta afirmativamente por la corte de casación de Bélgica. En otro lugar de esta obra hemos dicho que las minas forman una propiedad particular, distinta de la superficie del suelo en el cual se hallan. El gobierno tiene derecho á conceder á otro que no sea el propietario la explotación de la mina y la facultad de hacer exploraciones en los terrenos vecinos. Este derecho de explotación es un gravamen que pesa sobre un predio por interés de la explotación concedida; ahora bien, la concesión de una mina es un derecho inmobiliario, luego hay un predio dominante y un predio sirviente. Si no hay concesión, sino un simple derecho para hacer excavaciones para lograr el descubrimiento de la mina ¿habrá todavía servidumbre? La sentencia está concebida en este sentido, porque supone que aun no está otorgada la concesión (1). Creemos que en esto hay error, porque ya deja de haber predio dominante. ¿Quiere decir esto que el gravamen no sea real? Claro es, que sí lo es por su naturaleza misma: porque el objeto de la concesión es el derecho de explorar la mina en los predios, haciendo abstracción de los poseedores. Esto basta para que haya derecho real, pero no todo derecho real es una servidumbre.

§ II.—DEL MODO DE EJERCER LAS SERVIDUMBRES.

Núm. 1. Del título.

I. Principio de interpretación.

225. Según los terminos del art. 686, el uso y la extensión de las servidumbres establecidas por el hecho del

¹ Sentencia de denegada apelación, de 10 de Mayo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 385).

hombre se rigen por el título que las constituye. El título forma, en efecto, la ley de las partes, cuando es una convención (art. 1134); y si es un legado nace igualmente de una especie de contrato de la excepción del legatario. Ninguna duda hay en cuanto al principio; ¿pero cuál es la regla de interpretación que debe seguirse? Este es el punto importante. Toullier contesta, siguiendo á Domat: "Como las servidumbres derogan la libertad natural, se las debe restringir á lo que parezca estrictamente indispensable para la necesidad de los predios á los que son debidas, y se debe disminuir su molestia en todo lo posible (1)." Esto es demasiado absoluto y la fórmula ciertamente que excede el pensamiento del autor. Se halla en Dumoulin una fórmula en apariencia enteramente contraria. Toullier concluye que, en las dudas, debe pronunciarse en favor del predio sirviente; mientras que Dumoulin dice que, en las dudas, la servidumbre no debe presumirse limitada (2); de suerte que uno de ellos restringe la servidumbre y el otro no la restringe. ¿Cuál de las dos reglas es la que debe seguirse? A nosotros nos parece que como la ley no establece principio especial en lo concerniente á la interpretación de los títulos constitutivos de servidumbre, hay que señarse á los principios generales que establece el código en el título de las *Obligaciones*, acerca de la interpretación de las convenciones. Ahora bien, leemos en el art. 1156 que se debe, en los convenios, investigar cuál ha sido la común intención de las partes contrayentes. Esta es una regla fundamental que no tiene excepción, porque la voluntad de las partes es siempre su ley. Así, pues, cuando el propietario de una heredad la ha gravado con una servidumbre en terminos

¹ Toullier t. 2º, p. 303, núm. 654. Domat, lib. I, tit. XII, sec. I, núm. 9

² Dumoulin, "Redivido et individo, part. III, núm. 83.

propietario de los predios que se deben explotar? ¿En dónde está entonces la heredad dominante? ¿y si no hay predio para cuya utilidad se estipule el gravamen, puede haber servidumbre? La cuestión ha sido resuelta afirmativamente por la corte de casación de Bélgica. En otro lugar de esta obra hemos dicho que las minas forman una propiedad particular, distinta de la superficie del suelo en el cual se hallan. El gobierno tiene derecho á conceder á otro que no sea el propietario la explotación de la mina y la facultad de hacer exploraciones en los terrenos vecinos. Este derecho de explotación es un gravamen que pesa sobre un predio por interés de la explotación concedida; ahora bien, la concesión de una mina es un derecho inmobiliario, luego hay un predio dominante y un predio sirviente. Si no hay concesión, sino un simple derecho para hacer excavaciones para lograr el descubrimiento de la mina ¿habrá todavía servidumbre? La sentencia está concebida en este sentido, porque supone que aun no está otorgada la concesión (1). Creemos que en esto hay error, porque ya deja de haber predio dominante. ¿Quiere decir esto que el gravamen no sea real? Claro es, que sí lo es por su naturaleza misma: porque el objeto de la concesión es el derecho de explorar la mina en los predios, haciendo abstracción de los poseedores. Esto basta para que haya derecho real, pero no todo derecho real es una servidumbre.

§ II.—DEL MODO DE EJERCER LAS SERVIDUMBRES.

Núm. 1. Del título.

I. Principio de interpretación.

225. Según los terminos del art. 686, el uso y la extensión de las servidumbres establecidas por el hecho del

¹ Sentencia de denegada apelación, de 10 de Mayo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 385).

hombre se rigen por el título que las constituye. El título forma, en efecto, la ley de las partes, cuando es una convención (art. 1134); y si es un legado nace igualmente de una especie de contrato de la excepción del legatario. Ninguna duda hay en cuanto al principio; ¿pero cuál es la regla de interpretación que debe seguirse? Este es el punto importante. Toullier contesta, siguiendo á Domat: "Como las servidumbres derogan la libertad natural, se las debe restringir á lo que parezca estrictamente indispensable para la necesidad de los predios á los que son dadas, y se debe disminuir su molestia en todo lo posible (1)." Esto es demasiado absoluto y la fórmula ciertamente que excede el pensamiento del autor. Se halla en Dumoulin una fórmula en apariencia enteramente contraria. Toullier concluye que, en las dudas, debe pronunciarse en favor del predio sirviente; mientras que Dumoulin dice que, en las dudas, la servidumbre no debe presumirse limitada (2); de suerte que uno de ellos restringe la servidumbre y el otro no la restringe. ¿Cuál de las dos reglas es la que debe seguirse? A nosotros nos parece que como la ley no establece principio especial en lo concerniente á la interpretación de los títulos constitutivos de servidumbre, hay que señarse á los principios generales que establece el código en el título de las *Obligaciones*, acerca de la interpretación de las convenciones. Ahora bien, leemos en el art. 1156 que se debe, en los convenios, investigar cuál ha sido la común intención de las partes contrayentes. Esta es una regla fundamental que no tiene excepción, porque la voluntad de las partes es siempre su ley. Así, pues, cuando el propietario de una heredad la ha gravado con una servidumbre en terminos

¹ Toullier t. 2º, p. 303, núm. 654. Domat, lib. I, tit. XII, sec. I, núm. 9

² Dumoulin, "Redivido et individo, part. III, núm. 83.

ilimitados, no hay duda alguna acerca de la voluntad de las partes. ¿Con qué derecho se vendría á restringir el gravamen según las necesidades del predio dominante? Esto equivaldría á deshacer lo que las partes han hecho, y el juez no tiene este derecho.

Interroguemos á la jurisprudencia. En la escritura por la cual el propietario de dos casas vende una de ellas, se estipula que el muro de cerramiento situado al frente de la casa vendida, y cuya propiedad exclusiva conserva el vendedor, no podrá pasar de una cierta elevación. Parece que estos términos establecen una servidumbre *altius non tollendi* en provecho de la casa vendida. Sin embargo, se falló que la cláusula constituía una servidumbre de *prospecto*; y como de costumbre la corte de casación desechó el recurso, porque la sentencia atacada no había hecho más que interpretar el convenio fundándose en la intención de las partes contrayentes. La corte suprema agrega que los títulos constitutivos de servidumbre deben interpretarse, como todos los convenios, según la intención de las partes más bien que según el sentido literal de los términos (1). ¿Pero la corte de Nîmes no había sobrepasado la voluntad de las partes dando una interpretación extensiva á sus convenios? Ciertamente es que la servidumbre "*altius non tollendi*" es menos extensa y menos onerosa que la servidumbre de *prospecto*. Para ver cual había sido la intención de las partes contrayentes, hay que consultar el fallo de primera instancia cuyos motivos adoptó la corte de apelación. La servidumbre "*altius non tollendi*" no tiene más objeto que procurar aire y luz al predio dominante; y en el caso de que se trata, la casa vendida se hallaba á tal distancia de la pared, que su aumento de altura no había podido impedir ni el aire ni la luz. Esto

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 391).

prueba que los términos de que se habían servido las partes no expresaban su intención: ellas habían querido hacer el aspecto de la casa vendida más agradable y más ventajoso; luego habían querido establecer una servidumbre de "*prospecto*," siendo que los términos establecían una servidumbre "*altius non tollendi*," era llegado el caso de aplicar la última parte del art. 1146, el cual dice que se debe consultar la intención de las partes más bien que detenerse en el sentido literal de los términos.

226. Hay escrituras que por su naturaleza deben recibir una interpretación favorable á aquél por cuyo interés se han celebrado y éstas son las donaciones. Luego si una servidumbre se constituye por donación, debe interpretarse á favor del donatario, por más que sea el propietario del predio dominante. Esto equivale á decir que la interpretación será extensiva, porque tal es, ciertamente, la intención del que constituye la servidumbre. Los padres de una señorita le hacen una donación en vista del matrimonio que va á contraer. La cosa donada era una pequeña porción de pradera. En la escritura se estipuló que los donatarios tendrían un derecho de paso "con carro ó de cualquiera otra manera" á través del patio de la casa ocupada por los donadores. Los donatarios construyeron una casa en el predio que se les había donado. De aquí la cuestión de saber si el paso, establecido cuando el predio dominante era una pradera, podía ejercerse en provecho de la casa. Era llegado el caso de aplicar la regla de interpretación establecida por Dumoulin. La servidumbre de paso estaba constituida en términos generales, no estaba limitada al prado, sino que estaba concedida en provecho de la heredad donada, por lo mismo se la debía considerar como ilimitada. Tanto más se la debía interpretar en ese sentido, dice la corte de Bruselas, cuanto que la servidumbre estaba establecida en una donación, es decir, en una

escritura que debe entenderse en un sentido favorable á los donatarios. En el caso de debate, casi no había duda, porque la pradera se había donado á los futuros esposos en vista de la construcción de una casa, y ya se edificaba en el momento en que se celebraba el acto de donación. Por último, lo que era decisivo, es que la servidumbre se había practicado en provecho de los donatarios por todo el tiempo que los donadores habían vivido, la ejecución de la escritura ó la posesión servía de interpretación á la voluntad de las partes (1).

227. Encuéntrase en una sentencia de la corte de casación un principio que parece contrario á la regla de interpretación que acabamos de establecer según la jurisprudencia; en ésta se dice que en materia de servidumbre todo es derecho estricto. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 175) hemos dicho en qué sentido debe entenderse esta máxima que la corte ha formulado en términos demasiado absolutos. Esto, en realidad, no es más que la aplicación de una regla asentada por el código, en la sección que trata de la interpretación de los convenios. El artículo 1162 establece que "en caso de duda, el convenio se interpreta contra el que ha estipulado y á favor del que ha contraído la obligación." Ahora bien, en materia de servidumbre, hay también un deudor y un acreedor; el código llama al predio sirviente, el predio deudor; luego el predio dominante es el acreedor. Si hay duda, se le debe interpretar á favor del predio sirviente, ó sea á favor de la libertad. En este sentido la servidumbre que deroga la libertad es de derecho estricto, lo que no quiere decir que se deba ver con disfavor y restringirla como cosa odiosa, así como lo dice el viejo proverbio: "odia restringenda." Como en otra parte lo hemos probado, lejos de

¹ Bruselas, 4 de Diciembre de 1862 (*Pasierisia*, 1863, 2, 118). Compárese Pardessus, t. 2º, p. 62, núm. 270.

ser odiosas las servidumbres están, al contrario, vistas con favor; si disminuyen la libertad de uno de los predios, en cambio aumentan las comodidades, y en consecuencia, el valor del otro. En definitiva, no hay reglas especiales para la interpretación de las servidumbres: la interpretación se hace según los principios generales.

II. Aplicaciones.

228. Acabamos de decir que, en caso de duda, hay que pronunciarse á favor del predio deudor de la servidumbre, es decir, á favor de la libertad contra la sujeción. ¿Cuándo hay duda? Puede haberla sobre la existencia misma de la servidumbre. Supongamos que se invoque un título; se trata de interpretarlo. Ahora bien, el título implica una declaración expresa de voluntad, porque no se presume el establecimiento de las servidumbres. Es cierto que la ley admite un título tácito, el destino del padre de familia; pero en este caso, exige condiciones especiales como garantía de la voluntad de las partes interesadas. Así, pues, cuando el que reclama una servidumbre produce un título, preciso es que éste contenga un compromiso del propietario del predio sirviente. Si hay duda sobre el punto de saber si existe, no habrá servidumbre. Esto está en armonía con los principios generales. La servidumbre es una enagenación parcial del predio, y á nadie se presume que enagene.

El caso se ha presentado en circunstancias muy favorables al que reclamaba la servidumbre. Un comerciante se asocia con un empresario para la construcción de una casa de varios pisos. El comerciante fué el que dió todos los pasos para la venta de los diversos pisos; él poseía un terreno en las cercanías, en el cual se proponía también levantar construcciones, pero anunciaba en alta voz que él no edificaría más que unos almacenes y un entresuelo. El

comerciante no cumplió esta especie de promesa, é hizo construcciones que tapaban los pisos vendidos. Los adquirentes pidieron la destrucción de los trabajos y daños y perjuicios. Se falló que como el comerciante no había contraído ningún compromiso de no edificar, ó de no hacerlo sino á cierta altura, no había servidumbre. La sentencia comprueba, además, que no había habido ninguna especie de dolo: la intención de no edificar que el comerciante había manifestado, él la tenía realmente; cambió de parecer y para ello tenía derecho. Habiendo usado de su derecho, no podía estar obligado á daños y perjuicios. La sentencia de la corte de Bastia que lo condenó á daños y perjuicios, fué casada (1).

En otro caso, se falló igualmente que no había servidumbre. Un tercero estuvo presente á la venta de un predio, el cual sin título poseía unas luces que daban hacia su propiedad contigua. El comprador sostuvo que con su presencia el vecino había consentido tácitamente en que se mantuviesen las luces á título de servidumbre. Se rechazó semejante pretensión. En vano se invocaba el proverbio de que el silencio implica consentimiento. Si, cuando se debe hablar, y no se habla, se repite que se consiente. Pero, en el caso de que se trata, el vecino no tenía por qué explicarse acerca de las luces que hasta entonces había tolerado, porque los convenios no hablaban de servidumbres. En cuanto á su presencia al acto, tenía su razón de ser, puesto que intervenía para dejar arreglados los derechos de comunidad y de goce, y en este reglamento no se trataba de las luces litigiosas. Luego no había ninguna razón para dudar; y si la presencia del vecino al acto había originado dudas, todavía entonces habría debido decidir que en caso de duda no existe servidumbre (2).

1 Sentencia de casación, 31 de Julio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 390).
2 Lyon, 9 de Marzo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 991).

229. Esto no quiere decir que se necesiten términos expresos y sacramentales. El derecho moderno ignora estas exigencias que favorecen el espíritu de chicana mucho más que la buena fe. Se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia que el juez puede relacionar y combinar las cláusulas de un mismo contrato ó de varios actos diferentes, emanados sea de aquél cuya heredad se pretende que está gravada, sea de sus autores, y reconocer, en consecuencia, que se debe una servidumbre á un predio (1). En una escritura se dice que se demolerá una pared hasta una altura determinada, y ni una palabra se dice de servidumbre. El que ha demolido la pared la aumenta en elevación y pretende que no se ha sujetado á la servidumbre *altius non tollendi*, y que no podría haber servidumbre undada en un título ni un compromiso personal del dueño del predio que se dice estar sometido. La corte de Bruselas desechó estas chicanas. ¿Acaso el convenio tendría algún sentido si se le interpretase de tal manera? ¡Cómo! yo pago quinientos francos por un pequeño rincón de tierra que sólo vale cien, y estipulo que la pared que me roba la luz será bajada en nivel; y después vendrán á decirme que yo no tengo derecho á ninguna servidumbre, sólo porque la palabra no se encuentra en la escritura! El vendedor dirá: "Yo he demolido la pared, y es todo á lo que estoy obligado, pero no me he comprometido á no volver á levantarla." ¡Pretensión digna de la época en que una coma omitida hacía que se perdiera un pleito! La intención de las partes no era dudosa, por lo que la corte resolvió que había servidumbre *altius non tollendi* á favor del adquirente (2).

Hay una sentencia análoga de la corte de casación de

1 Pardessus, t. 2º, p. 48, núm. 268. Sentencia de denegada apelación de 26 de Febrero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 988).
2 Bruselas, 2 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 76).

Francia en un caso que presentaba alguna duda. Con motivo de la adjudicación de dos casas contiguas que habían pertenecido al mismo propietario, una cláusula impone ciertos gravámenes hasta el restablecimiento del antiguo muro medianero. En otra escritura posterior se estipula que se reconstruirá la pared á expensas comunes sobre los antiguos cimientos. Esto era todo lo que decían las escrituras, y ni una palabra de servidumbre. Sin embargo, se falló que resultaba de las circunstancias que las partes habían gravado recíprocamente con una servidumbre *altius non tollendi* la pared divisoria de sus propiedades. ¿Cuáles eran esas circunstancias? Los patios de ambas casas eran tan angostos que una pared de cierta altura les habría privado de aire y de luz; la servidumbre de no elevar la pared estaba, pues, exigida por la necesidad de las casas. Esto, sin embargo, no es suficiente para crear una servidumbre *altius non tollendi*, porque la ley no reconoce más que una sola servidumbre de necesidad, y es el paso en caso de enclave. La sentencia se funda también en los convenios celebrados entre las partes; al convenir en que se reconstruyese la pared, ellas estipularon que se conservarían los antiguos cimientos, lo que implicaba que la pared conservaría sus primitivas dimensiones muy restringidas; la calidad de los materiales llevaba á la misma consecuencia. Quedaba un motivo para dudar que, en derecho, nos hace inclinarnos hacia la opinión contraria. En la última de las escrituras se decía que "aquél de los dos propietarios que necesitare mayor altura de pared haría á su costa esta elevación." ¿No equivalía esto á autorizar la elevación? y ¿cómo conciliar la facultad de elevar con la servidumbre que consiste en no edificar más alto? La corte de París resolvió que de los expedientes del litigio resultaba que las partes no habían tenido en mira más que una débil elevación. Es difícil criticar una apreciación de

hecho. La corte de casación pronunció una sentencia de denegación, como lo hace siempre que los jueces no han hecho más que hacer constar la intención de las partes contrayentes (1).

230. La duda se presenta algunas veces bajo otro aspecto. Un solo y mismo derecho puede estipularse sea á título de servidumbre, sea á título de crédito, según que las partes se preocupan por la utilidad de un predio ó por la ventaja de una persona. Como el art. 686 prohíbe establecer las servidumbres en provecho de una persona, importa mucho saber si en la intención de las partes se estipula un derecho en provecho de los que hablan en la escritura ó si se estipula por interés de sus predios. No es la heredad la que habla, sino el propietario á nombre de ella; pero ¿cuándo habla él á nombre del predio? ¿cuándo en propio nombre? Esto es á veces muy dudoso. En principio, la intención es lo que decide, pero la dificultad está precisamente en discernir cuál es la intención. Dícese que un derecho de uso ó de pasto se establece en favor del intérprete y de "todos los suyos." ¿Debe limitarse esta excepción á los descendientes del que ha estipulado el derecho? Si fuera cierto que toda servidumbre debe interpretarse restrictivamente, habría que resolverlo así. Sin embargo, se ha fallado que este convenio establecía un derecho real inherente á la propiedad del estipulante; que la expresión "los suyos" comprende á todos los que sucedan al propietario actual (2). Ciertamente que no es éste el sentido natural de términos empleados por las partes. Así, pues, la interpretación de las partes es extensiva. Sin embargo, nosotros creemos que ha fallado bien. Como nues-

1 Sentencia de denegada apelación, 26 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 393).

2 Bourges, 3 de Enero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 100, 5°).

tro derecho no reconoce servidumbres personales, toda servidumbre es por esto mismo perpetua. Así, pues, cuando por su naturaleza un derecho constituye una servidumbre, debe suponerse que la intención de las partes es establecer un derecho perpetuo ó sea una servidumbre real. Se necesitaría una manifestación de voluntad bien explícita para que pudiera admitirse que un derecho que por su naturaleza es una servidumbre, no es más que un crédito inherente á la persona del estipulante. Luego la interpretación que admite una servidumbre no es una interpretación extensiva, sino la expresión de la voluntad de las partes contrayentes.

Se ha fallado, además, por la corte de casación que un derecho de paso estipulado por el propietario de un predio para él, los suyos y los co-interesados, es una servidumbre de paso, establecida en términos generales, que, por consiguiente, es ilimitada, como lo decía Dumoulin. En este caso particular, no podía haber duda acerca de la existencia misma de la servidumbre, porque la palabra "co-interesados" comprende á todos los sucesores, á los que suceden á título particular tanto como á los sucesores á título universal. Por la misma razón, la servidumbre era ilimitada; podía ser ejercida por todos los que el propietario del predio dominante quisiera introducir á su casa; todos eran, pues, sus co-interesados, aun cuando él hiciese de su casa un hogar público, estableciendo en ella un tiro de pistola (1). Un caso análogo, pero más dudoso, se presentó ante la corte de Grenoble. La venta comprendía una pieza de terreno en la cual había un pozo y una bomba; el vendedor conservaba una habitación y sus dependencias. En la escritura se decía que "el vendedor tendría derecho, en lo futuro y á perpetuidad, para él, su fa-

1 Sentencia de denegada apelación, 8 de Noviembre de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1003).

milia y sus descendientes, al agua de dicho pozo." Al estipular el derecho de toma de agua para "él, su familia y sus descendientes," parecía que el vendedor estipulaba un derecho de crédito más bien que una servidumbre. ¿Pero la redacción correspondía á la idea de las partes? El derecho de toma de agua es por sí mismo una servidumbre, y cuando se estipula en provecho de los habitantes de una casa ¿acaso no es por interés de la casa y de todos los que la habiten? Las expresiones "á perpetuidad" procuran un derecho que no se liga á la persona, puesto que aquél no debe extinguirse nunca, mientras que las familias sí se extinguen. Lo que confirmaba esta interpretación, era que la habitación del vendedor, situada en una eminencia, estaba retirada en varios centenares de metros de cualquier otro pozo; luego el pozo era una necesidad para la habitación; sin el uso del pozo, la casa perdía su valor venal y locativo. Como se ve, la intención de las partes sobrepasaba los términos del contrato; ellas querían crear una servidumbre, mientras que la escritura parecía establecer únicamente un derecho de crédito. La corte de Grenoble se atuvo á la intención de preferencia á los términos y resolvió que había servidumbre (1).

231. Cuando es bien claro que el título constituye una servidumbre, se presentan nuevas dificultades acerca de la extensión del derecho, las cuales deben siempre resolverse conforme á la intención de las partes. Las cortes lo olvidan á veces. En una escritura de partición se decía que los lotes segundo y tercero debían dejar paso á los "otros para ir" á un paraje determinado. La palabra *ir* se emplea respecto á las personas, lo que parecía excluir á los animales y á los vehículos. A nosotros nos parece que, para interpretar una escritura de partición, había que tener en cuenta lo que pasaba antes de que se hubieran dis-

1 Grenoble, 8 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 246).

tribuido los bienes; ¿no se pasaba más que á pié? ¿se pasaba en carruaje ó en animales? En seguida había que ver cuál era la naturaleza de las heredades en cuyo provecho se reservaba el paso. Era un predio rústico, supuesto que la sentencia hacía constar que en él había un establo, es decir, animales. La intención de las partes debía, pues, buscarse en estas circunstancias más bien que en los términos de la escritura: ¡las actas tan á menudo están mal redactadas! y la escritura de que se trata era de 1706. La corte de Lieja se pronunció por la interpretación restrictiva, porque la duda debe aprovechar á la libertad del predio (1).

La misma duda se ha presentado en un caso juzgado por la corte de Gante. Una escritura de venta establecía una servidumbre de paso para animales y personas. Se falló que se trataba de un paso en favor del pasturaje. Sin embargo, la escritura agregaba: "y de cualquiera otra manera." La corte decidió que esta cláusula debía entenderse del derecho accesorio de pasar con carros y caballos para la necesidad del pasturaje. Esto nos parece muy dudoso. En primer lugar, la escritura nada decía de pasto. En seguida de decir y de "cualquiera otra manera" ¿no establecía la escritura una servidumbre general de paso? La sentencia, por otra parte, nos relata algunas circunstancias particulares que justifican la interpretación restrictiva que ella consagra (2). ¿No era este el caso de decir que la servidumbre de paso estaba ilimitada por el hecho solo de que las partes no la habían limitado expresamente á las necesidades del pasto?

232. Hay en la jurisprudencia una tendencia á restringir la extensión de las servidumbres. Sin duda que es favorable la libertad de los predios, pero los derechos de

1 Lieja, 15 de Junio de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 137).

2 Gante, 3 de Enero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 370).

las partes merecen igualmente favor. En una escritura se dice: "para ventaja de sus respectivas propiedades, dos propietarios han establecido en sus inmuebles la servidumbre siguiente: á derecha é izquierda de la pared de separación de las dos heredades, no podrá levantarse ningún edificio, ni ninguna construcción, sean cuales fueren su elevación y su destino." La escritura determina después la zona dentro de la cual se establece esta prohibición. A pesar de los términos generales de que se habían servido las partes, la corte de París falló que la servidumbre tenía únicamente por objeto procurar aire y luz á las construcciones hechas y por hacer más allá de la zona prohibida; ella mantuvo, en consecuencia, paredes elevadas en la zona prohibida, pero á una altura inferior á la de la pared divisoria. La sentencia no da ningún motivo para esta interpretación restrictiva. Fué confirmada por la corte de casación; pero en esta materia las sentencias de denegación tienen poca autoridad, puesto que se limitan á decidir que la corte de apelación se ha quedado dentro de los límites de un derecho de interpretación (1). Dudamos mucho de que Dumoulin hubiese aprobado la decisión de la corte de París. La servidumbre estaba constituida en términos ilimitados, luego era ilimitada; era la voluntad de las partes; la sentencia no refiere ningún hecho de donde pueda inferirse una voluntad contraria. ¿No era esto decisivo?

233. La servidumbre de derrame de las aguas domésticas, y con mayor razón la de los orines, es muy onerosa, y por consiguiente, no se le puede admitir sino en tanto que sea clara la voluntad de las partes. Dícese en un título antiguo que el predio sometido está obligado á recibir "las aguas de los canales" y las que vinieren de un "patio vecino." Por "aguas de los canales," sólo se puede

1 Sentencia de denegada apelación, 9 de Agosto de 1853 (*Dalloz*, 1154, 1, 82).

entender de las aguas pluviales, y este punto no tiene duda. Si hay alguno respecto al alcance de la otra expresión: "con las que vinieren por un pequeño patio," ¿deben comprenderse las aguas de usos domésticos y los orines? La corte de París ha resuelto la cuestión negativamente. Y con razón, á lo que creemos; la segunda cláusula se liga con la primera; no comprendiendo ésta las aguas de usos domésticos, ni los orines, no se puede admitir que la primera los contenga; el sentido natural es más bien éste: las aguas pluviales que vinieren del techo y del patio (1).

234. Hay sentencias que consagran el principio de Dumoulin. Cuando una servidumbre de paso se constituye en términos generales, es por esto mismo ilimitada, y sirve, por consiguiente, para todos los usos á que se destina la heredad dominante (2). La escritura constitutiva dice que una servidumbre de paso y de uso (3) se establece á perpetuidad; agrega que el propietario del predio dominante tendrá el derecho de usar el camino en toda su integridad, en el día, como en la noche, para carretas y paso, no importa con qué. Difícil es ser más explícito. Sin embargo, se puso en duda la extensión de la servidumbre. En el momento en que se constituyó, el predio dominante era un *jardín*, más tarde se construyó una *fábrica*; ¿no era esto salirse de los límites de las partes y extender á los transportes multiplicados que exige la explotación de una fábrica, una servidumbre que se había establecido para las necesidades de un jardín? En esto había alguna duda. La corte de Gante se pronunció por la más amplia interpretación, porque la servidumbre estaba constituida en términos ilimitados, sin restricción ninguna á las necesi-

1 París, 14 de Marzo de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 79, 3°).

2 Caen, 8 de Enero de 1820 (citado por Demolombe, t. 12, página 449, núm. 926).

3 Tales son los términos flamencos: "Servituet en gebruik."

dades actuales del predio dominante (1). Esta no es más que la aplicación del principio de Dumoulin.

La corte de Caen ha aplicado el mismo principio á la servidumbre de vista. En una escritura de partición se dice: "que todas las paredes de reparación serán medianeras entre los lotes, y que los co-partícipes estarán en libertad para hacer vistas en las paredes que no sean medianeras." Los términos se aplicaban evidentemente á las paredes por construir como á las paredes ya construidas; y es igualmente claro que en este caso la servidumbre de vista estaba estipulada de una manera ilimitada. No había duda sino acerca de este punto: el propietario del predio dominante no había abierto más que dos ventanas; ¿al cabo de treinta años había perdido el derecho de abrir otras más? Más adelante volveremos á tratar este punto (2).

Núm. 2. Destino del padre de familia.

235. Cuando la servidumbre se establece por destino del padre de familia, se deja entender que este mismo destino debe consultarse para determinar la extensión de la servidumbre. El art. 692 dice que el destino equivale á título. ¿Debe inferirse de aquí que deba seguirse para el destino el mismo principio que para el título? Hay una diferencia; el título da á conocer la voluntad expresa de las partes, y esta voluntad hace ley, ellas pueden establecer la servidumbre en los términos los más absolutos; en este caso, el derecho será ilimitado. El destino, al contrario, reposa en la voluntad tácita de las partes; esta voluntad está necesariamente limitada al estado de las cosas que existen al separarse los predios, y este estado es el que debe mantenerse; síguese de aquí que la servidum-

1 Gante, 31 de Diciembre de 1868 ("Pasicrisia," 1869, 2, 107).

2 Caen, 1° de Marzo de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 775).

bre se restringe al uso al cual el padre de familia había destinado uno de los predios; si él ha establecido una ventana, ésta se conservará á título de servidumbre, pero no se podrá abrir una segunda, porque las partes no quieren mantener sino lo que existe. Esto es todo lo que puede inferirse de su silencio; yendo mer allá, correríase el riesgo de excederse de la intención (1). Supuesto que el principio de interpretación difiere según que se trataba de destino ó de título, es poco jurídico invocar el destino cuando hay un título; ¿la voluntad tácita puede ilustrar al juez acerca de la voluntad expresa?

Núm. 3. De la posesión.

236. Hay servidumbres que se establecen por la posesión de treinta años. Siendo el título en el cual descansa la servidumbre, naturalmente ella es la que determina su extensión. La interpretación, en este caso, es esencialmente restrictiva, es el sentido del viejo proverbio: "tantum trascriptum quantum possessum." No es dudoso que si yo he poseído dos ventanas, no puedo abrir una tercera. ¿Pero ese derecho que yo he adquirido por prescripción se limita al mantenimiento de las dos ventanas? ¿ó he adquirido un derecho de vista? ¿y esta servidumbre implica el gravamen para el propietario del predio de no elevar construcciones que perjudiquen mi derecho? Nosotros hemos examinado esta cuestión en párrafo anterior. Aun admitiendo la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa, quedan algunas dificultades en la aplicación del principio.

Se abre una ventana en una pared que se halla á una distancia menor que la legal de 19 decímetros del predio vecino. ¿Resulta de esto una servidumbre de vista? Si, suponiendo que sea una ventana de aspecto, como lo dice

1 Demante, "Curso analítico," t. 2º, núm. 553, p. 649).

el art. 678. En efecto, el propietario no tenía derecho para practicar esa ventana, si lo hace, la ventana estará establecida no á título de propiedad, sino á título de servidumbre, ¿cuál será la extensión de esta servidumbre? Acabamos de ver que es una servidumbre de vista, que implica la de no edificar. ¿Será lo mismo si la ventana da hacia la pared de cerramiento de la heredad vecina? La cuestión es controvertida. Difícil es negar que haya una servidumbre, porque el art. 678 dice formalmente que no pueden tener vistas derechas ó ventanas de aspecto hacia la heredad cercada ó no cercada del vecino, si no hay 19 decímetros de distancia entre la pared en donde se practican y dicha heredad. Luego la ventana, aun cuando dé hacia una pared de cerramiento, es una servidumbre. Esta es la opinión que nosotros hemos enseñado (núm. 44). Pero ella no da la solución de otra dificultad. Si durante treinta años la ventana ha caído hacia una pared de cerramiento, no puede decirse que el propietario de la casa haya disfrutado de un derecho de vista sobre la pared de su vecino; él ha tenido un derecho de vista sobre una pared de cerramiento, y él no ha prescrito sino lo que ha poseído, ese mismo derecho de vista restringido. Luego él no podrá, después de treinta años, reclamar una vista más extensa y oponerse á que el propietario del predio sirviente eleve la pared, bien entendido si la elevación no vuelve más violento el ejercicio de la servidumbre restringida que pertenece al propietario del predio dominante. La corte de casación así lo ha decidido. Ella dice muy bien, que el propietario de la casa no ha poseído más que una "ventana obstruida" por la pared del vecino; luego no ha prescrito más que una "ventana obstruida." Sigue-se de aquí que no puede resultar para el vecino el gravamen de no edificar, ó de no elevar la pared de cerramiento.

to de una vista recta ó de aspecto que no existía en el caso de que se trata. Quedamos, pues, dentro del derecho común; el propietario de la casa conservará las ventanas que ha abierto, y el vecino no podrá hacer nada que pueda disminuir el uso de ese derecho (art. 701) (1)

237. La posesión sirve también para explicar la extensión de la servidumbre constituida por título, aun cuando la servidumbre fuese discontinua. En este caso, la posesión se invoca, no para fundar en ella la posesión, sino para determinar la extensión, que ella debe tener. Esta extensión depende de la voluntad de las partes; y la ejecución que ellas den á sus convenios es la más segura interpretación de lo que ellas han querido (2). Los hechos de posesión pueden establecerse por medio de la prueba testimonial aun cuando la servidumbre sea discontinua, porque la posesión no se invoca para constituir la servidumbre; existe un título, y se trata únicamente de saber de qué manera lo han interpretado las partes al ejercer la servidumbre y al sufrir este ejercicio (3).

Distinta es la cuestión de saber si la posesión puede excederse del título, dando al propietario del predio dominante derechos que el título no le otorgaba. Déjase entender que si se trata de una servidumbre discontinua que no puede adquirirse por la posesión, ésta nada puede añadir al título. Si la servidumbre es continua y aparente, la posesión puede dar extensión al título. En efecto, sin ningún título, la servidumbre puede adquirirse por la prescripción, luego el título no puede poner obstáculos á la adquisición

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 257).

2 Gante, 8 de Marzo de 1871 (Pasicrisia, 1871, 2, 244).

3 Sentencia de la corte de casación de Bruselas, de 25 de Enero de 1836 ("Pasicrisia," 1836, 1, 178). Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Francia, de 29 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1114.) Bruselas, 4 de Diciembre de 1862 ("Pasicrisia," 1863, 2, 118), y núm. 226 de este tomo.

de un derecho nuevo. Aquél á quien su título da el derecho de practicar dos ventanas, abre tres, y las posee durante treinta años. ¿Habría adquirido por la prescripción el derecho de tener tres ventanas? La afirmativa no es dudosa. A veces se objeta que no se puede prescribir contra el propio título. El art. 2240 lo dice, pero también explica cómo debe extenderse esta regla: "en el sentido, dice la ley, que uno no puede cambiarse á sí mismo la causa y el principio de su posesión." Combinando el art. 2240 con los que preceden, se ve que se trata de una posesión precaria que no puede servir para la prescripción; ella puede trastocarse, pero el poseedor solo no puede trastocarla. La máxima que prohíbe que se prescriba contra el propio título, es, pues, enteramente extraña á nuestra cuestión. El que posee durante treinta años tres ventanas podría prescribir dichas ventanas sin título ninguno, y con mayor razón puede prescribir la tercera; él no prescribe contra su título, sino que prescribe más allá de su título (1).

238. La aplicación del principio no carece de dificultades. Una toma de agua que se anuncia por medio de obras exteriores es una servidumbre continua y aparente: luego puede adquirirse y extenderse por la prescripción. ¿Pero qué es lo que se necesita para que haya prescripción? La posesión á título de servidumbre. ¿Quién debe ejercer los hechos invocados en éste título? El propietario de la heredad dominante. En un caso juzgado por la corte de casación de Bélgica, el propietario del predio dominante pretendía que el propietario del sirviente, habiendo constantemente limpiado el canal los domingos y días festivos, había adquirido por prescripción el derecho de exigir que la limpia se hiciese aquellos días. El juez de paz rechazó tales pretensiones; admitidas á apelación por el tribunal,

1 Pardessus, t. 2º, p. 114, núm. 286. Aubry y Rau, t. 3º, p. 95 y nota 25.

de nuevo fueron desechadas por la corte de casación. El juez de paz había fallado bien. Al limpiar el canal los domingos, el propietario del canal, que al mismo tiempo era propietario de un molino, procedía en virtud de su derecho de propiedad; por lo que de ello no podía resultar ningún derecho á favor del predio dominante. No había ningún hecho de posesión á título de servidumbre: lo que decidía el debate (1).

Aun cuando la posesión se ejerza por el propietario de la heredad dominante, es decir, á título de servidumbre, se presentan nuevas dificultades. Yo tengo el derecho de tener agua diariamente de seis de la mañana hasta el medio día, yo pruebo que casi siempre la compuerta permanece levantada hasta las tres, ¿había yo adquirido por prescripción el derecho de tener agua hasta dicha hora? En tales términos planteó la cuestión un jurisconsulto, cuya pérdida prematura deplora la Bélgica. Dupret contesta que en derecho no hay duda alguna; claro es que yo puedo adquirir una extensión de la servidumbre de toma de agua, puesto que la servidumbre misma, con toda la extensión que yo reclamo, habría podido establecerse por la fuerza sola de la posesión. Luego la dificultad es una dificultad de hecho. Hay que probar que la posesión tiene los caracteres requeridos por la ley, y principalmente debe ser continua. ¿Quiere decir esto que se necesite siempre, sin excepción ninguna y durante treinta años, que la toma de agua tenga lugar de una manera inintermitente hasta las tres de la tarde? La continuidad en esta materia no es la uniformidad. Algunas reparaciones que se tienen que hacer en la fábrica, una disminución transitoria de clientela pueden suspender ó disminuir la toma de agua. El

1 Sentencia de casación de 25 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 884).

juez no se detendrá en estas pasajeras desviaciones, y decidirá conforme á los hechos regulares y normales (1).

§. III.—DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA HEREDAD DOMINANTE.

Núm. 1. De los trabajos necesarios á la servidumbre.

239. El art. 697 asienta que aquél á quien se debe una servidumbre tiene el derecho de hacer todas las obras necesarias para usarla y conservarla. Inútil es que el título enumere las obras que el propietario del predio dominante está autorizado á hacer, porque su derecho está escrito en la ley, y ésta misma no hace más que consagrar una aplicación de una máxima de derecho natural, que el que quiere el fin quiere los medios. En este punto, las enunciaciones no pueden nunca considerarse como restrictivas; sería absurdo negar al que tiene derecho á una servidumbre los medios necesarios para ejercitarla. El caso se ha presentado ante la corte de Lieja. El Estado había comprado una servidumbre de acueducto para llevar el agua del Vesdre á la estación del ferrocarril de Verviers. En la escritura se expresaba que el Estado estaba autorizado para abrir en el predio sirviente una zanja á fin de establecer tubos destinados para llevar el agua. Comenzóse por colocar unos de hierro, siendo éstos insuficientes el Estado construyó un canal de mampostería. Hubo oposición por parte del propietario del predio sirviente, el cual invoca el título constitutivo de la servidumbre. En una sabia requisitoria, el procurador de justicia, Raikem, discutió todas las leyes romanas que tenían relación con la cuestión. Nosotros respetamos profundamente á nuestros maestros los juris-

1 Dupret, "De las modificaciones de la servidumbre por la prescripción" (*Revista de derecho francés y extranjero*, 1846, t. 3°, ps. 819-821).

de nuevo fueron desechadas por la corte de casación. El juez de paz había fallado bien. Al limpiar el canal los domingos, el propietario del canal, que al mismo tiempo era propietario de un molino, procedía en virtud de su derecho de propiedad; por lo que de ello no podía resultar ningún derecho á favor del predio dominante. No había ningún hecho de posesión á título de servidumbre: lo que decidía el debate (1).

Aun cuando la posesión se ejerza por el propietario de la heredad dominante, es decir, á título de servidumbre, se presentan nuevas dificultades. Yo tengo el derecho de tener agua diariamente de seis de la mañana hasta el medio día, yo pruebo que casi siempre la compuerta permanece levantada hasta las tres, ¿había yo adquirido por prescripción el derecho de tener agua hasta dicha hora? En tales términos planteó la cuestión un jurisconsulto, cuya pérdida prematura deplora la Bélgica. Dupret contesta que en derecho no hay duda alguna; claro es que yo puedo adquirir una extensión de la servidumbre de toma de agua, puesto que la servidumbre misma, con toda la extensión que yo reclamo, habría podido establecerse por la fuerza sola de la posesión. Luego la dificultad es una dificultad de hecho. Hay que probar que la posesión tiene los caracteres requeridos por la ley, y principalmente debe ser continua. ¿Quiere decir esto que se necesite siempre, sin excepción ninguna y durante treinta años, que la toma de agua tenga lugar de una manera inintermitente hasta las tres de la tarde? La continuidad en esta materia no es la uniformidad. Algunas reparaciones que se tienen que hacer en la fábrica, una disminución transitoria de clientela pueden suspender ó disminuir la toma de agua. El

1 Sentencia de casación de 25 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 884).

juez no se detendrá en estas pasajeras desviaciones, y decidirá conforme á los hechos regulares y normales (1).

§. III.—DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA HEREDAD DOMINANTE.

Núm. 1. De los trabajos necesarios á la servidumbre.

239. El art. 697 asienta que aquél á quien se debe una servidumbre tiene el derecho de hacer todas las obras necesarias para usarla y conservarla. Inútil es que el título enumere las obras que el propietario del predio dominante está autorizado á hacer, porque su derecho está escrito en la ley, y ésta misma no hace más que consagrar una aplicación de una máxima de derecho natural, que el que quiere el fin quiere los medios. En este punto, las enunciaciones no pueden nunca considerarse como restrictivas; sería absurdo negar al que tiene derecho á una servidumbre los medios necesarios para ejercitarla. El caso se ha presentado ante la corte de Lieja. El Estado había comprado una servidumbre de acueducto para llevar el agua del Vesdre á la estación del ferrocarril de Verviers. En la escritura se expresaba que el Estado estaba autorizado para abrir en el predio sirviente una zanja á fin de establecer tubos destinados para llevar el agua. Comenzóse por colocar unos de hierro, siendo éstos insuficientes el Estado construyó un canal de mampostería. Hubo oposición por parte del propietario del predio sirviente, el cual invoca el título constitutivo de la servidumbre. En una sabia requisitoria, el procurador de justicia, Raikem, discutió todas las leyes romanas que tenían relación con la cuestión. Nosotros respetamos profundamente á nuestros maestros los juris-

1 Dupret, "De las modificaciones de la servidumbre por la prescripción" (*Revista de derecho francés y extranjero*, 1846, t. 3°, ps. 819-821).

consultos de Roma; pero nos parece inútil recurrir á sus decisiones cuando ellas no hacen más que embarazar la discusión con controversias sobre los textos del Digesto, siendo así que los más elementales principios son suficientes para resolver la cuestión. En el presente caso ni siquiera había dificultad: el texto es formal, y el espíritu de la ley es todavía más evidente. ¿Se concibe que el propietario del predio sirviente se presente y diga al propietario del dominante: yo te he vendido una servidumbre de acueducto mediante unos tubos, los cuales no te bastan; esto poco me importa, y me opongo á la construcción del canal necesario para el ejercicio de la servidumbre, por más que este canal en nada me perjudique? El sentido común basta para rechazar semejante pretensión (1).

240. ¿Aquéel á quien la servidumbre se debe puede ejecutar las obras necesarias en el predio sirviente? La ley no lo expresa, pero no podría haber duda alguna. Déjase entender que el propietario puede ejecutar en su propio predio todos los trabajos que pueden serle útiles, con tal que no agrave la condición del predio sirviente. Así, pues, cuando la ley lo autoriza para que ejecute las obras necesarias, deben entenderse los trabajos que han de ejecutarse en el predio sometido. En este punto, hay una restricción á los derechos del propietario dominante, la cual resulta del texto y de los principios. La ley dice: las obras necesarias para "usar" la servidumbre y para "conservarla." ¿Qué trabajos son los necesarios? Esta es una cuestión de hecho que el primer arquitecto que se presente resolverá mejor de lo que lo han hecho los jurisconsultos romanos á los cuales se recurre por tradición. El propietario del predio dominante puede también ejecutar los trabajos necesarios para la conservación de su derecho, es decir los trabajos destinados á mantener las cosas en el

1 Lléja, 18 de Diciembre de 1851 (*Basiscrisi a*, 1852, 2, 320).

estado en que deben estar para el uso de la servidumbre. Esta es aun una cuestión de hecho.

241. ¿Quién reporta el costo de estas obras? Según los términos del art. 698, los trabajos son á costa de aquél á quien se debe la servidumbre, y no á cargo del propietario del predio sometido. ¿Qué razón hay para esto? Toullier contesta que el propietario del predio dominante debe reportar los gastos, porque éstos se hacen para utilidad suya. La razón no es decisiva. ¿No podría decirse que el que vende una servidumbre de acueducto debe entregar al adquirente un acueducto? Hay que buscar el verdadero motivo en la naturaleza de la servidumbre, derecho real, que, como Toullier agrega, no obliga al propietario del predio sirviente á hacer; está únicamente obligado á sufrir que el propietario de la heredad ejecute las obras necesarias. Bajo el punto de vista práctico, esto importa muy poco, porque las servidumbres se establecen comunmente á título oneroso, por lo que se fijará el precio según los trabajos que queden á cargo del propietario dominante.

242. El art. 698 agrega que el título de establecimiento de la servidumbre puede poner los gastos de las obras á cargo del propietario del predio sometido. Déjase entender que los propietarios pueden contraer la obligación personal que gusten con motivo del establecimiento de la servidumbre. ¿Pero esta obligación puede también estipularse á título de cargo real? En este punto, los autores del código civil se han apartado del derecho romano. Después de largas controversias, se había aceptado que en la servidumbre, *onerio ferendi*, que constriñe al propietario del predio sirviente á soportar construcciones apoyadas contra su pared ó contra su edificio, estaba también obligado, y á título de cargo real, á hacer las reparaciones necesarias en la pared ó en el edificio sometido. No

es el hombre el deudor, decían los jurisperitos, sino el predio, para marcar que esta obligación tomaba el carácter de un derecho real. Era ésta una excepción que existía de pleno derecho, y en razón de la naturaleza particular de la servidumbre *onerio ferendi*, parecía natural que la pared que soportaba la casa del vecino fuese reparada por el propietario de la casa más bien que por el propietario del predio dominante. El código generaliza la excepción; no porque de derecho pleno y sin estipulación el propietario del predio sometido deba reportar los gastos de las obras necesarias para el uso de la servidumbre; el artículo 698 asienta la regla contraria, pero permite que las partes interesadas la deroguen.

Luego hay una doble derogación del derecho romano. La excepción concerniente á la servidumbre *oneris ferendi* ya no existe: ésta es la opinión general, con excepción del disentiendo de Durantón; basta leer el art. 698 para convencerse de que el respeto exagerado hacia el derecho romano ha hecho que Durantón caiga en un error. En cambio depende de las partes estipular, en toda especie de servidumbre, que el propietario del predio sometido esté obligado á hacer á su costa las obras necesarias para el uso ó la conservación de la servidumbre (1).

243. ¿Cuál es la naturaleza de esta estipulación? La ley presume que la carga es real, porque decide que aquél á quien el título la impone puede siempre librarse de ella abandonando el predio sometido al propietario de la heredad dominante. ¿Quiere decir esto que la carga sea necesariamente real? Ciertamente que nó, porque si como tal se considera es por derogación del derecho común. El predio solo es el obligado en materia de servidumbres, y un

1 Toullier, t. 2º, p. 306, núm. 665. Demante, t. 2º, p. 650, número 555 bis, 1º Demolombe, t. 12, p. 398, núms. 873 y siguientes. Sentencia de denegada apelación de 16 de Marzo de 1869 (Daloz, 1870, 1, 120). Compárese Durantón, t. 5º, p. 529, núm. 503.

predio no puede estar obligado á hacer; pero como la obligación de ejecutar las obras es aun accesoria de la servidumbre, el legislador le atribuye el mismo carácter de realidad. Puesto que tal es la interpretación que la ley da al convenio, habría necesidad de una manifestación de voluntad en sentido contrario para que el gravamen fuese personal al que debe soportarlo.

Este es, pues, el sistema del código civil. Por derecho común las obras necesarias para el uso de la servidumbre deben ser ejecutadas por el propietario del predio dominante y á sus expensas. Por excepción, los trabajos son á cargo de la heredad sometida; se necesita, como para toda excepción, una estipulación expresa; el art. 698 dice: "á menos que el título de establecimiento de la servidumbre diga lo contrario" (1). Cuando la excepción está escrita en el contrato, de ello resulta una carga real, salvo nuevamente estipulación contraria.

Esto supone que no existe ninguna falta por parte de las dos propietarios. Si la hay se vuelve á entrar al dominio de los principios generales. Cuando hayan venido á ser necesarios ciertos trabajos de reparación por culpa del propietario de la heredad sirviente, él deberá ejecutarlos á sus expensas, aun cuando el título no pusiera á su cargo las obras. Y si la culpa es del propietario de la heredad dominante que ha necesitado los trabajos, él deberá hacerlos á sus expensas, aun cuando el título hiciera pesar sobre el propietario del predio sirviente todas las obras necesarias para el uso de la servidumbre (2).

244. Si se presume que la carga es real, deben aplicarse los principios que rigen los derechos reales. Esta es una

1 Demante, t. 2º, p. 650, núm. 555 bis, 1º. Sentencia de denegada apelación de 7 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 33) Compárese Demolombe, t. 12, p. 399, núm. 875).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 31 y nota 12, y las autoridades que citan:

modalidad de la servidumbre; dice una sentencia de la corte de casación que, como la servidumbre misma, grava á perpetuidad el predio sometido, y le sigue en cualesquiera mano adonde pase (1). La corte de casación ha consagrado otra consecuencia del mismo principio en un negocio muy interesante. Se estipula en una partición una servidumbre de toma de agua, y los trabajos se ponen á expensas del segundo lote. El co-partícipe, propietario del predio dominante, registra por el privilegio que le pertenece en virtud del art. 2103, núm. 3, por el capítulo de retorno del lote. De aquí la cuestión de saber si la carga impuesta al segundo lote era un crédito privilegiado. El privilegio no se ha establecido sino para garantizar la ejecución de las obligaciones personales que la partición impone á los co-participes. Es extraño á las cargas reales que gravan el predio y que nada tienen de común con la solvencia del detentor de la heredad. Claro es que para la servidumbre, aunque creada por la escritura de partición, no había lugar á privilegio, porque toda garantía era inútil, supuesto que la servidumbre grava al predio y lo sigue adonde quiera que pase. Pero el gravamen de los gastos suscita una cuestión de solvencia, pudiendo ser que el co-partícipe ó el adquirente se vuelvan insolventes. El tribunal de primera instancia mantuvo el registro, la corte de Lyon lo anuló, y su sentencia fué aprobada por la corte de casación (2). Hay alguna duda. La carga es real, dice la sentencia, y no podría confundirse con las obligaciones ordinarias que nacen de una partición y que son puramente personales. Ciertamente es que la carga es real, pero también lo es que la realidad de una obligación que es personal por

1 Sentencia de casación, de 3 de Abril de 1865 (Dalloz, 1865, p. 391). Todos los autores están de acuerdo; véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 91 y nota 11.

2 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Marzo de 1859, (Dalloz, 1859, 1, 157).

naturaleza no es más que una ficción; porque no es el predio el que hace y paga, sino la persona. Ahora bien, ¿no es de la esencia de toda ficción el restringirse á los límites para los cuales la ley la establece? La carga es real en el concepto de que va en pos del predio, y que el tercer detentor puede librarse de ella abandonando el predio. ¿Qué tiene esto de común con las obligaciones existentes entre co-participes? Si el lote gravado con la carga toca en suerte á un heredero insolvente, el lote en cuyo provecho se establece la carga, perderá; por lo mismo debe haber privilegio.

245. El art. 699 consagra una consecuencia de la realidad de la carga; permite al propietario del predio sometido que se libre de ella abandonando el predio sometido al propietario de la heredad al cual se debe la servidumbre. ¿Qué debe entenderse por *predio sometido*? Hay casos en que la cuestión no permite duda alguna, pero también ella casi no se presenta en esta hipótesis. Una servidumbre de pasto grava todo el predio sirviente; una servidumbre de paso está limitada á la parte del predio por la cual se pasa, en el sentido de que el resto del predio está libre; en el primer caso, todo el predio sirviente deberá abandonarse; en el segundo la parte del predio que está únicamente sometida, luego también todo el predio sirviente. ¿Pero qué es lo que se decidirá si una servidumbre de paso se establece sin limitación en un predio? ¿Todo el predio queda sujeto y todo él debe abandonarse si el propietario quiere hacer uso de la facultad que le otorga el art. 699? La cuestión es debatida; no se cita ninguna sentencia, por lo que la cuestión es de doctrina y la práctica no la conoce. No vacilamos en decidir que todo el predio sirviente deberá abandonarse. El texto es formal; exige el abandono del predio *sometido*, y ¿caso no es de principio elemental que todo el predio *sirviente* está *sometido*? En vano se

dice que las partes, por una convención expresa ó tácita, restringen el ejercicio de la servidumbre á una parte del predio; esto no impide que el predio todo quede gravado con la servidumbre. Se invoca la equidad, y se dice que el derecho de abandono será un derecho de darlas si se obliga al propietario de un predio que vale mil francos á abandonarlo íntegramente para desembarazarse de los gastos que no suban á quinientos francos. ¡Y quién querrá obligar al propietario á tamaña locura! A él incumbe ver cuál es su interés. El se ha sometido á una carga, pues que cumpla con ella. Y si quiere librarse, que se someta á las condiciones prescritas por la ley (1).

246. ¿Cuál es el efecto del abandono autorizado por el art. 699? La ley lo dice, es para librarse de la carga de hacer las obras necesarias para el uso de la servidumbre por lo que el propietario del predio sometido lo abandona al propietario del predio al cual se debe la servidumbre. El efecto del abandono será, pues, que el propietario quede libre de dicha carga. Y lo será por el pasado tanto como por el porvenir. Demolombe hace una singular objeción. El dueño del predio sometido, dice él, estaba obligado á la carga como propietario; es así que no cesa de ser propietaria sino desde el abandono, luego deberá reportar los gastos por todo el tiempo que era propietario. Nó, él no debe pagar los gastos en su calidad de propietario; porque como tal, al contrario no los debe. El no está obligado sino en virtud de un compromiso que ha contraído, compromiso que la ley le permite romper por el abandono del predio sometido; una vez libre, cesa de estar obligado (2).

1 Pardessus, t. 2º, p. 204, núm. 316. Demolombe, t. 12, p. 404, número 882. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 10 y nota 10, y las autoridades que citan.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 90, nota 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 407, núm. 883.

¿Cuál es el efecto del abandono en cuanto á la propiedad? Se enseña que es translativo de propiedad, de donde se infiere que el acto de abandono está sometido al registro. Se agrega que el abandono no debe ser aceptado por el propietario del predio dominante (1). Nos parece que hay en esto una especie de contradicción. No se verifica ningún acto de translación sin un concurso de voluntades: ¿puede uno llegar á ser propietario á su pesar? Sin duda que, para hacer el abandono, el propietario del predio sometido no necesita el consentimiento del propietario de la heredad dominante, él debe su derecho á la ley. Pero todo lo que resulta de este abandono es que el propietario que lo ha hecho cesa de ser propietario; en cuanto al dueño del predio dominante, no se hará propietario sino por la aceptación del abandono. Únicamente hasta entonces será cuando tenga lugar la translación de propiedad y por consiguiente, la necesidad de registrar. Aquí puede aplicarse por analogía lo que en otro lugar de esta obra hemos dicho acerca del abandono de la medianería (t. VII, número 550).

247. ¿Se puede renunciar al derecho de abandono consagrado por el art. 699? La cuestión es debatida. No vacilamos en decir, con Pardessus, que sería válida la renuncia. Es de principio que cada cual puede renunciar á los derechos establecidos á su favor, á menos que haya un motivo de orden público que á ello se oponga. Ahora bien, en el caso se trata de derechos y obligaciones de puro interés privado, y el orden público para nada entra en la cuestión. Se objeta que la renuncia transformaría en un servicio impuesto á la persona una obligación que la ley no acepta sino á título de carga real. Hay en esta objeción una singular confusión de ideas. En principio la obligación de reportar los gastos de las obras necesarias para

1 Demolombe, t. 12, p. 408, núms. 484 y 485.

el uso de la servidumbre, es personal, es un derecho de crédito; la ley permite y hasta presume que la carga se vuelve real si el propietario del predio sometido se sujeta á ella, pero en verdad que no prohíbe que se conserve á esta obligación su índole de personalidad (1).

Núm. 2. De las servidumbres accesorias.

248. El art. 696 dice: "Cuando se establece una servidumbre, se presume que se concede todo lo que es necesario para usarla. Por ejemplo, la servidumbre de toma de agua en la fuente de otro, implica necesariamente el derecho de paso." Esta disposición, así como la del artículo 697, es una aplicación del principio de que el que quiere el fin, quiere los medios, principio fundado en la lógica y en la intención de las partes interesadas. La regla del art. 696 es general, y se aplica no sólo á las servidumbres convencionales, sino también á las que se establecen por destino del padre de familia ó por prescripción, salvo el tener en cuenta las reglas de interpretación concernientes al título, al destino y á la posesión. Resulta del artículo 696 que hay servidumbres á las cuales el dueño del predio dominante tiene derecho á título de accesión, pero él no puede reclamarlas sino por éste título. Por ejemplo, el que tiene derecho de tomar agua de la fuente de otro puede pasar por el predio sirviente para tomar el agua, pero no tiene el derecho de paso fuera de la servidumbre de toma de agua. Así, pues, las servidumbres accesorias no existen sino como derechos accesorios y con la condición de la necesidad. Como la servidumbre accesoria no es debida por sí misma, no se la puede reclamar, si no es indispensable para usar de la servidumbre principal.

1 Pardessus, t. 1^o, p. 160, núm. 69. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 403, núm. 881; Aubry y Rau, t. 3^o, p. 90 y nota 8.

249. Tal es el principio. La aplicación ha dado lugar á numerosas dificultades. ¿El derecho de voladizo con canales da el derecho de pasar por el predio del vecino para ejecutar las reparaciones necesarias? Esta es una cuestión de hecho más que de derecho. ¿El derecho de paso es necesario para usar la servidumbre de derrame? Esta servidumbre se ejerce, á la verdad, por sí misma, pero no se conserva si no es que el techo y las canales se mantienen en buen estado de reparación. Luego en este caso debe mejor aplicarse el art. 697 que el 696; pero poco importa, puesto que las dos disposiciones se relacionan y son la aplicación del mismo principio. El caso se ha presentado ante la corte de casación de Bélgica. Ella falló que siendo la necesidad del paso una cuestión de hecho, correspondía decidirla al juez del fondo del negocio. La sentencia atacada comprobaba que para hacer convenientemente las reparaciones que el uso de la servidumbre requería, había que pasar por el predio sirviente. Faltábales precisión á estos términos, porque pueden tomarse en el sentido de *cómo*; y la comodidad no es suficiente, se requiere la necesidad. La corte de casación interpretó la sentencia de la corte de Gante en este sentido, por lo que ya no había duda acerca de la servidumbre accesoria de paso (1).

250. ¿La servidumbre de acueducto implica necesariamente la de paso? Esta servidumbre es también continua, por lo que se ejerce por sí misma. Siguiese de aquí que no puede decirse que necesariamente comprenda el derecho de pasar por el predio del vecino. Esta es igualmente una cuestión de hecho. En un caso que se presentó á la corte de casación, el propietario del predio sirviente no disputaba al propietario del predio dominante el derecho de cuidar del buen estado del canal y de palpar los obstáculos.

1 Sentencia de denegada apelación de 18 de Julio de 1851 (*Pacificista*, 1852, 1, 67).

los que el curso del agua encontraba; lo que daba lugar accidentalmente á un derecho de paso. La corte de Colmar juzgó que no podía irse más lejos sin crear una nueva servidumbre. Su sentencia fue mantenida por la corte de casación (1).

Si las aguas se transmiten á la heredad dominante por un canal que tenga que limpiarse, como la limpia es un cargo á la vez que un derecho para el dueño de esa heredad, debe tener la facultad de pasar por el predio sirviente para hacer la limpia y depositar momentaneamente las tierras lavadizas á orillas del canal (2). Pero se ha fallado que la servidumbre de toma de agua no comprende necesariamente el derecho de paso. La sentencia dice que la toma de agua da ciertamente el derecho de vigilar su curso para oponerse á todo cambio que restringiese su goce, pero que no implica, como accesorio necesario, el derecho de pasar por la propiedad de otro, si el propietario del predio dominante puede comprobar de otra manera que toda el agua á que tiene derecho debe llegar á su heredad. Ahora bien, en el caso presente, el propietario del predio sirviente ofrecía construir á sus expensas un canal que llevara el agua al predio dominante; y aun ofrecía un sendero por un prado para llegar á la embocadura del canal, lo que hacía inútil el paso por toda la orilla del agua; pudiendo el propietario á toda hora vigilar los dos extremos del canal (3).

En otro caso, la corte de casación rehusó el derecho de paso al propietario del predio dominante. El canal de irrigación estaba afecto al uso de tres predios que atravesaba. Cada propietario ribereño debía conservar en buen estado y limpiar la parte de canal que estaba en su domi-

1 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 18 de Julio de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 978).

2 Colmar, 26 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 174).

3 Rion, 24 de Enero de 1856 (Daloz, 1857, 2, 31).

nio, con la obligación de no hacer daño á los co-ribereños. Así, pues, éstos no podían reclamar un paso para proceder á la limpia que no tenían ni el derecho ni la obligación de hacer; ellos podían únicamente demandar al ribereño que descuidaba la conservación y la limpia, y en caso necesario, hacerse autorizar judicialmente para proceder ellos mismos á la operación; sólo en esta última hipótesis había lugar á un derecho de paso (1).

251. ¿La servidumbre de vista implica la de no edificar? Esta cuestión ha dado lugar á muchos debates (2). Desde luego hay que distinguir si la servidumbre se establece por título, por destino del padre de familia ó por prescripción. Si hay un título y éste no habla de la extensión de la servidumbre, es imposible poner en duda que el derecho de vista implique el cargo para el vecino de no obstruir la vista con construcciones. ¿Qué cosa es, en efecto, la servidumbre de vista? Es el derecho de tener ventana de aspecto hacia la heredad del vecino; las ventanas procuran en primer lugar el aire y la luz, y dan también el derecho de ver hacia el predio sometido; ésta precisamente es la diferencia entre la servidumbre de "vista y la servidumbre de luces." Pues bien, los derechos que se derivan de la servidumbre de vista no se podrían ejercer si el vecino pudiera obstruir las ventanas con sus construcciones. Luego debe decirse, con el artículo 696, que el que está sometido á una servidumbre de vista, se somete por eso mismo á no edificar de modo que impida el ejercicio de la servidumbre. ¿Pero cuál será la extensión de tal carga? Es claro que no implica una prohibición absoluta de edificar; ésta sería una servidumbre de perspectiva, y el título no establece más que una ser-

1 Sentencia de denegada apelación de 18 de Abril de 1854 (Daloz, 1854 I, 241).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 87 y nota 11, y las autoridades que citan.

vidumbre de vista. Como la servidumbre de no edificar se reclama como consecuencia ó accesorio, resulta que no existe sino en los límites de la necesidad, y esto es esencial en todas las servidumbres accesorias. ¿Cuáles son dichos límites? La jurisprudencia vacila. La mayor parte de las cortes aplican las disposiciones de los arts. 678 y 679. Ya nosotros hemos dicho que la jurisprudencia presta á estos artículos una extensión que no toleran ni el texto ni el espíritu de la ley, núm. 66.

El legislador determina en ellos las condiciones bajo las cuales un propietario puede practicar ventanas en virtud de su derecho de propiedad; á este efecto, fija la distancia que debe existir entre la pared en donde están practicadas las ventanas y el predio del vecino; para las vistas derechas la distancia debe ser de 19 decímetros (seis pies); para las oblicuas, de seis decímetros (dos pies). En nuestro caso, se trata de ventanas practicadas á título de servidumbre, es decir, á una distancia menor que la legal, y la cuestión está en saber á qué distancia el propietario del predio sirviente puede edificar. Esta cuestión es muy diversa de la que está resuelta por los arts. 678 y 679. Como la dificultad no está resuelta por la ley, debe consultarse la intención de las partes contrayentes, y puesto que hay un título, los hechos y circunstancias de la causa (1). En definitiva, ésta es una cuestión de hecho como todas las dificultades que se suscitan sobre las servidumbres que se reclaman á título de consecuencia ó de accesorio de una servidumbre principal.

252. Cuando la servidumbre de vista resulta de la prescripción, las dificultades son mucho mayores. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica hace que de aquí resulte una servidumbre de no edificar; nosotros hemos combatido esta doctrina (núm. 62), y lo que acabamos de de-

1 París, 29 de Enero de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 774).

cir de la servidumbre de vista establecida por título confirma, á lo que cremos, nuestra crítica. ¿Acaso la servidumbre de vista cambia de naturaleza según que se establece por prescripción ó por título? ¿no implica la prescripción la existencia de un título, sea un convenio antiguo que no se puede probar, sea un concurso de consentimiento tácito? Luego la causa es idéntica en realidad; ¿y cómo una sola y misma causa había de producir diferentes efectos? Así, pues, la servidumbre de vista adquirida por prescripción implica la servidumbre de no edificar dentro de ciertos límites. ¿Cuáles son estos límites? En este punto hay alguna dificultad. La servidumbre de no edificar no puede adquirirse por prescripción; ¿hay que aplicar, pues, el principio "tantum præscriptum quantum possessum?" es decir, ¿se mantendrán las cosas en el estado en que se hallaban al adquirirse la servidumbre? Se debe hacer á un lado absolutamente esta máxima: en efecto, no se trata de adquirir la servidumbre de no edificar, sino de saber si ella emana como una necesidad de la servidumbre que está adquirida, y poco importa que lo esté por título ó por prescripción. El art. 696 no distingue y por lo mismo hay que aplicar los principios que acabamos de exponer. La corte de casación cita los arts. 678 y 679; á nuestro juicio, estas disposiciones son extrañas á la cuestión. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núm. 66).

253. La servidumbre de vista puede también resultar del destino del padre de familia. ¿Implica ella la servidumbre de no edificar, al menos dentro de ciertos límites? El destino equivale á título, dice el art. 692. Existe un convenio tácito, y como tiene por objeto mantener las ventanas de aspecto, el propietario del predio sirviente no puede ciertamente obstruirlas con sus construcciones. ¿Hasta donde se extenderá esta prohibición de no edificar? La

corte de casación ha fallado que no había lugar á aplicar los arts. 678 y 679, supuesto que esto equivaldría á crear una nueva servidumbre, y una servidumbre que no puede establecerse por destino. Este motivo es muy poco jurídico. No se trata de crear una nueva servidumbre, sino de saber si debe admitirse á título de consecuencia ó de derecho accesorio: lo que se invoca es el art. 696 y no el 693. La corte de casación reconoce que el juez puede prescribir las medidas necesarias para el mantenimiento de la servidumbre de vista; y sin embargo, ella casó una sentencia de la corte de Lyon que había aplicado los artículos 678 y 679, fundándose en la intención de las partes interesadas (1).

Creemos también que estas disposiciones no son aplicables á las servidumbres accesorias. Pero hay que ser consecuente: la corte de casación las aplica cuando la servidumbre de vista se halla establecida por título ó por prescripción; ¿por qué rehusa aplicarlas cuando hay destino del padre de familia? En vano buscamos razones para estas diferencias. Cuando se adquiere la servidumbre por prescripción, podría decirse literalmente lo que la corte de casación dice en caso de destino, porque cuando hay la misma razón para decidir, la decisión debe ser idéntica. O deben aplicarse siempre los arts. 678 y 679 á las servidumbres accesorias, ó no deben aplicarse jamás. Este último parecer es el nuestro.

254. El código no define las diversas especies de servidumbres que pueden ejercerse por ventanas practicadas en una pared; allí mismo en donde habla de las *vistas* y de

1 Sentencia de casación de 1.º de Agosto de 1858 (Dalloz, 1858, t. 353. Compárese Ganta, 28 de Noviembre de 1840 (Pasicrisia, 1841, 2, 21). Esta sentencia está conforme con nuestra opinión; ella decide que "la servidumbre de vista que resulta del destino del padre de familia, impera necesariamente la servidumbre "ne luminibus officiatur," en tanto que al menos impide el vecino que obstruya las luces abiertas, con lo cual quedarán sin efecto."

las *luces*, su lenguaje no es muy exacto. Por esto hay alguna incertidumbre en la jurisprudencia. ¿Qué cosa es la servidumbre de prospecto? ¿en qué difiere de la servidumbre de vista y de la de no edificar, ó de no edificar sino hasta cierta altura? ¿y una de estas servidumbres implica la otra? Se lee en una sentencia que el derecho de extender la mirada á lo lejos sin que pueda estar limitada por ninguna plantación ó construcción, se llama por algunos derechos, de *prospecto*; otros, dice la sentencia, la definen por sus efectos, los cuales consisten, por acuerdo de todos, en impedir que el propietario del predio sirviente edifique á una cierta altura (1). Según esto habría que resolver que la servidumbre de no edificar más arriba comprende necesariamente la servidumbre de prospecto. Sin embargo, se ha fallado que el convenio por el cual un propietario se compromete á no elevar una pared de cerramiento más allá de ocho piés y á no construir sobre este alineamiento, no implica la servidumbre de prospecto (2), y esto nos parece evidente. En el caso de que se trataba, la servidumbre de no edificar ó de no hacerlo más arriba estaba limitada á una parte del predio sometido, mientras que el derecho de prospecto se ejerce tan lejos como las miradas alcanzan. Además, la servidumbre de prospecto implica la prohibición de plantar mientras que no puede inferirse esta prohibición de la servidumbre de no edificar. Es, pues, preciso atenerse á las estipulaciones de la escritura, porque las servidumbres de no construir ó de no construir sino á una altura determinada, así como el derecho de prospecto son servidumbres no aparentes (artículo 689) que no pueden adquirirse ni por prescripción ni

1 Pau, 12 de Diciembre de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, número 776 2.º)

2 Sentencia de denegada de la sala de lo civil, de 12 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 562).

por destino del padre de familia. Y no se puede admitirlas como servidumbres accesorias sino á título de necesidad, cuando son una consecuencia necesaria de otra servidumbre, lo que rara vez sucederá.

Una jurisprudencia constante decide que la servidumbre de vista no da la de prospecto; lo que resulta de la naturaleza misma de estas servidumbres, puesto que la primera está limitada, y la segunda es ilimitada (1). ¿La servidumbre de vista que implica dentro de ciertos límites, la de no edificar, impone también al propietario del predio sometido la carga de no plantar? Nó, por regla general. Como lo expresa una sentencia, la construcción de una casa, la elevación de una pared puede quitarnos la luz ó el aire volver nuestra habitación húmeda y malsana; mientras que la vista á un jardín de recreo es un placer que se renueva á cada instante (2). Sin embargo, si en lugar de un jardín de recreo, hubiere árboles corpulentos que ocultan la vista y detengan los rayos del sol ¿el vecino que ha estipulado la servidumbre de vista, ó la de no edificar, no tendría derecho á quejarse? Se ha fallado que cuando se han estipulado luces en provecho de una casa, el propietario tiene derecho á exigir no sólo que los sauces plantados por el vecino se reduzcan á la altura de los apoyos de las luces, sino que conviene suprimirlos porque aquel árbol crece con una rapidez y una abundancia de vegetación tales, que vendría á ser una ocasión incesante de pleitos entre los vecinos. El primer juez, dice la corte de Caen, ha obrado, pues, cuerdamente, al ordenar la supresión de los árboles (3). Sin duda que es prudente prevenir los pleitos, pe-

1 París, 20 de Mayo de 1836; denegación de 3 de Abril de 1847 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 776, 3^o y 1^o); Orleans, 24 de Diciembre de 1840 *ibid.*, núm. 1018; Aix, 18 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1857, 2, 40).

2 Bourges, 26 de Mayo de 1828 (Daloz, "*Servidumbre*," 562.)

3 Caen, 20 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 4, 480).

ro puede hacerse esto violando el derecho de propiedad? y en el caso de que se trata, ¿se podía impedir al propietario del predio sometido que plantase sauces, si no lesionaban el derecho de luces? En definitiva, nada hay de absoluto en las servidumbres que se deben á título de derecho accesorio, no es el límite que traza la ley al juez y que éste no puede sobrepasar: es preciso, dice el art. 696, que la servidumbre accesorias sea necesaria para usar de la servidumbre principal.

255. Las servidumbres accesorias tienen caracteres particulares. Ellas no son debidas sino á título de derecho accesorio. Siguese de aquí que si se extingue la servidumbre principal, la accesión se extingue igualmente; y esto no es más que la consecuencia del principio en el cual se basan estas servidumbres. En cambio, la servidumbre accesorias no puede extinguirse en tanto que subsista la principal (1). Se ha fallado que el que ha adquirido el derecho de explotar varias canteras pertenecientes á diversos propietarios no puede, después de la explotación primera, continuar sirviéndose para las demás, del camino que el propietario del suelo explotado le había autorizado que estableciera para las necesidades de la explotación (2). Antes hemos dicho que el derecho de toma de agua da el derecho de limpiar el canal por el cual se transmiten las aguas. La limpia no se ha hecho durante treinta años; ¿se extinguirá por esto el derecho? Subsistirá por todo el tiempo que no se extinga la servidumbre principal. Y en el caso de que se trata, la servidumbre principal se ejerce por sí misma por la corriente del agua; luego en tanto que corra el agua, se conservará el derecho de limpia (3).

1 Demolombe, t. 12, p. 356, núm. 831. Aubry y Rau, t. 3^o, p. 89.

2 Burdeos, 23 de Mayo de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 989).

3 Colmar, 23 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 174).

Núm. 3. Prescripción de los derechos del propietario del predio dominante.

I. Restricción que resulta del objeto de la servidumbre.

256. La servidumbre, dicen los jurisconsultos romanos, es una cualidad del predio para cuya utilidad se establece. Ahora bien, una cualidad no puede desprenderse del predio al que es inherente. De aquí la consecuencia de que la servidumbre no puede llevarse á otro predio, aun cuando pertenecieren al mismo propietario. Una escritura de partición atribuye á uno de los co-partícipes un derecho de servidumbre en un lugar existente en el predio de uno de sus co-herederos, con la obligación de contribuir á su conservación en buen estado. Se ha fallado que este derecho no puede ejercerse sino en provecho de los predios divididos, y solamente dentro de los límites del derecho tal como resulta de la obligación concerniente á las reparaciones (1). Tal es el rigor del derecho y de la lógica, pero no hay que exagerarlo. Lógicamente la cualidad de un predio no podría comunicarse á otro predio; pero ésta es una abstracción, y hay que desconfiar, en derecho, de los principios abstractos, porque el derecho es una realidad viva. La servidumbre puede muy bien dar al propietario del predio dominante un derecho comunicable, y si la comunicación puede hacerse sin alterar la servidumbre, sin hacer daño al predio sometido y sin aumentar los derechos de la heredad dominante, hay que dejar en su puesto á la lógica y decidir que el beneficio de la servidumbre podrá extenderse á otros predios. Yo tengo una toma de agua para la irrigación de mi heredad; el predio no absorbe enteramente el agua ¿qué haré con ella? ¿La lógica me obligará á guardar el agua en mi predio, á riesgo de volverlo pantano? Ciertamente que no, el agua

1 Caen, 23 de Enero de 1849 (Daloz, 1851, 5, 490).

debe correr. Ahora bien, al correr por los predios inferiores, necesariamente les aprovechará; luego indirectamente la servidumbre procurará una ventaja á otros predios que el dominante (1). Sin embargo, de ello no resulta un derecho para estas heredades; no puede decirse que el predio sirviente esté sujeto con relación á ellas. Si la servidumbre del predio dominante llegara á extinguirse, los propietarios de las heredades que la aprovechaban nada tendrían que reclamar sobre el predio que ha cesado de estar sujeto: aquí el derecho recobra todo su imperio.

257. ¿Cuándo puede decirse que la servidumbre se extiende á otros predios? Es preciso que las heredades sean distintas. Pothier da este ejemplo. Yo he adquirido el derecho de sacar marga de tu predio para emplearla en el mio; yo no puedo sacarla para emplearla en otros predios, ni siquiera para terrenos adquiridos después de la constitución de la servidumbre que yo hubiese unido á la heredad dominante; esto sería aumentar la servidumbre activa y pasivamente. Otra cosa sucedería con terrenos acrecidos á mi heredad por aluvión; estos terrenos no forman más que uno solo y mismo predio con aquél al que se han unido imperceptible y sucesivamente (2).

Si el predio dominante está dividido en dos explotaciones, esto en nada cambia la servidumbre; no se puede decir que haya dos heredades, por más que pueda aumentar el servicio al cual está sujeto el predio sirviente. Esto ha sido fallado así para una servidumbre de pasto. Como lo dice muy bien la corte de casación, el predio dominante sigue siendo el mismo, y solo el cultivo es lo que en él se

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3^o, p. 92, nota 14, y por Demolombe, t. 12, p. 671, núm. 841. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 294).

2 Pothier, "Introducción al título 3^o de la costumbre de Orleans," núm. 4.

ha mejorado: y la constitución de una servidumbre hecha por interés de la agricultura no puede estorbar su progreso (1). Déjase entender que si el número de cabezas del ganado estuviese limitado por el título constitutivo de la servidumbre, el propietario del predio dominante no podría aumentar ese número; se aplicaría, en este caso, el principio que más adelante exponremos; habría restricción de los derechos de la heredad dominante en virtud del objeto de la servidumbre.

258. El principio que prohíbe al propietario del predio dominante que extienda la servidumbre á una heredad para la cual no se constituyó aquélla, se halla á veces en colisión con el derecho que resulta de la propiedad. Yo soy propietario de tres prados separados por cercas y acequias; una servidumbre de paso con vehículos existe en provecho de uno de aquellos prados sobre el predio vecino. Yo suprimo los cercados. Querella el propietario de la heredad sirviente, que pide el restablecimiento del cercado, porque de lo contrario, dice él, sucederá irremisiblemente que el paso se ejercerá en provecho de los dos prados anexados al predio dominante. Esta pretensión ha sido rechazada por la corte de casación; el temor de un abuso no puede atentar al derecho de propiedad y á la libertad de las heredades, impidiendo al propietario del predio dominante que reuna terrenos limítrofes, y obligándolo á tenerlos separados por una cerca perpetua. Si hay abuso, el propietario del predio sirviente lo denunciará y la justicia lo reprimirá. En el caso de que se trata no había abuso, era evidente la buena fe del propietario de la heredad dominante, había llegado hasta á ofrecer que reduciría la anchura de la barrera de comunicación para hacer difícil la entrada de vehículos á los predios li-

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1197).

mítrofes. La corte declaró que tal oferta era superabundante, porque la servidumbre debida á un predio no puede alterar los derechos de su dueño (1).

259. Hay otra restricción que resulta del objeto de la servidumbre. Las cargas que gravan un predio para utilidad de otro varían infinidad de veces, luego una sola y misma servidumbre puede ser más ó menos extensa. Como la servidumbre es una restricción del derecho de propiedad, resulta que el derecho del propietario de la heredad sirviente permanece intacto en tanto que no lo restrinja la servidumbre. En este sentido, puede decirse con la corte de casación que las servidumbres son de derecho estricto, así como toda excepción es de estricta interpretación, y la servidumbre no es más que una excepción á la libertad de los predios. La aplicación de esta regla no carece de dificultades. Hay excepciones que pueden extenderse, también hay servidumbres que reciben una interpretación extensiva; nosotros hicimos ya esta observación al tratar de los diversos modos de constituir las servidumbres (números 225 y 227). Aquí necesitamos insistir sobre la extensión que recibe la servidumbre en razón del objeto para el cual se establece. Se trata, como dice el art. 637, de procurar una utilidad á la heredad dominante; luego la servidumbre tiene por objeto satisfacer una necesidad del predio al cual se debe; esta necesidad varía, nada tiene de absoluto, en el sentido de que depende de la voluntad de las partes interesadas limitar el uso de la servidumbre á una utilidad determinada; pueden también establecerla para todo género de ventajas que el predio dominante puede sacar de la servidumbre conforme á su naturaleza: en el primer caso se aplica rigurosamente el principio que rige la excepción en sus relaciones con la regla: en el se-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 388).

gundo caso, la excepción misma se convierte en regla y soporta, en consecuencia, una interpretación extensiva (1). La jurisprudencia es de este sentir, por más que las sentencias parezcan á veces contradictorias; la decisión debe diferir naturalmente según que la servidumbre es limitada ó ilimitada.

260. Una servidumbre de acueducto, es decir, de toma y conducción de agua, es adquirida por prescripción. Después de haber empleado el agua en la irrigación del predio, el propietario de la heredad dominante construye una fábrica á la cual aplica las aguas. Queja del propietario de la heredad sirviente. Se ha fallado que siendo el objeto de la servidumbre una toma de agua, sin limitación á un servicio especial, el propietario del predio podía hacer del agua el uso que mejor le pareciere. ¿Qué es lo que se ha prescrito? No el destino del agua, dice el consejero Mesnard en su informe, sino el derecho de tomar el agua en un punto de partida y llevarla á la heredad dominante; una vez allí ¿qué importa el uso que de ella se haga? Si en razón del nuevo destino del agua, fuera preciso aumentar su volumen y ensanchar el canal que la conduce, el propietario del predio sirviente tendría derecho á quejarse; pero en el caso de que se trata, se resolvió que el canal conservaría el ancho que tenía en la época en que la servidumbre de acueducto servía para un simple regadío (2).

La corte de Nancy ha dado una decisión enteramente contraria. Una servidumbre de toma de agua es adquirida por prescripción para la irrigación de un prado. Después empleáse el agua para el uso de una fábrica. La corte resolvió que una servidumbre que se basaba en la prescripción

1 Aubry y Rau, t. 37, ps. 92 y siguientes. Demolombe, t. 12, página 372, núm. 849.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Marzo de 1849 (Daloz, 4849, 1, 75).

está limitada por esto mismo al destino que le ha dado la posesión; que emplear para el movimiento de una fábrica el agua destinada al regadío de un prado, equivaldría á extender un derecho restringido. En vano se dice que el volumen del agua empleada sigue siendo el mismo: porque, en primer lugar, para prevenir el abuso se necesita una vigilancia de todos los días; en segundo lugar, el destino nuevo del agua puede perjudicar al propietario del predio sirviente creando una concurrencia que le será dañosa (1). La corte de casación falló en el mismo sentido. En el caso que se debatía, se había adquirido por prescripción una servidumbre de toma de agua para hacer mover un molino de curtiduría; después se cambió en molino de aceite. Esto, dice la corte, era sobrepasar la posesión primitiva y el destino de origen (2).

Parecen contradictorias estas decisiones. En los diversos casos, se trataba de una servidumbre adquirida por prescripción. Unas veces se la interpreta restrictivamente, y otras se la da una interpretación extensiva. Se ha sostenido que la contradicción no era más que aparente que era preciso distinguir: la servidumbre de acueducto, dicese, es limitada por naturaleza, porque consiste en un volumen de agua transmitido á la heredad dominante para cualquier uso; mientras que la servidumbre de toma de agua tiene un objeto especial, va el regadío, sea una industria determinada (3). Esta distinción puede, es cierto resultar de la intención de las partes contrayentes; pero ciertamente que la prescripción no la implica, ni la naturaleza de la servidumbre, cuando el acueducto lleva agua á la heredad dominante, no es para que se haga de ella un uso de

1 Nancy, 9 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, número 1161, 2º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1160).

3 Véase la nota del compilador (Daloz, 1849, 1, 75, nota).

terminado, sea irrigación, sea movimiento de una fábrica? ¿En qué consiste, pues, la diferencia entre el acueducto y la toma de agua?

A nuestro juicio, la servidumbre basada en la prescripción debería interpretarse siempre restrictivamente. Ella, por lo común, descansa en un consentimiento tácito del propietario contra el cual se prescribe; para interpretar el alcance de este consentimiento, hay que tener en cuenta la posesión; ésta es la que compromete al propietario á no oponerse al uso del agua. El se opondría si el uso pudiese serle perjudicial. El que siendo industrial permite una toma de agua ó un acueducto para la irrigación, no lo habría permitido si hubiese previsto que el agua iba á servir para un establecimiento rival. ¿No es elegada el caso de decir: "Tantum præscriptum quantum possessum?"

261. Cuando la servidumbre se establece por título y existe un escrito, deben ocultarse los términos de que las partes se han servido. La servidumbre, sea de acueducto, sea de toma de agua, se limitará en su aplicación, por el hecho solo de no haberse afectado á un destino especial, agrícola ó industrial; mientras que habría limitación si la servidumbre se hubiese establecido para la irrigación ó para una industria determinada. Se ha fallado que una toma de agua estipulada para la irrigación de una propiedad no puede emplearse para el establecimiento de una fábrica; la sentencia hace constar que este cambio en el destino del agua acarrearía una agravación de la servidumbre; y el art. 702 prohíbe que se agrave la condición del predio sometido (1). La decisión es justa, pero, realmente es

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 297). De la misma manera, una servidumbre de toma de agua establecida para un vivero no puede extenderse á la irrigación. (Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1868 en (Dalloz, 1868, 1, 336).

cierto decir que se trata de una agravación de la servidumbre? A nosotros nos parece que ésta es menos una cuestión de perjuicio que una cuestión de derecho. Haciendo abstracción de todo perjuicio, tú no puedes hacer en mi predio lo que tu título no te autoriza para que hagas; es así que tú no tienes derecho de tomar agua para el movimiento de una fábrica; luego yo tengo derecho á proveerme, porque ejerces una servidumbre que no te es debida. Si, al contrario, el derecho al agua estuviese establecido en términos generales, no se podría restringir á un destino especial. Se ha fallado que el derecho de tomar agua de una fuente, sin restricción ninguna, se extiende á todas las necesidades del propietario, á las necesidades de orden doméstico como al regadío de las tierras (1).

Lo mismo sucedería con una servidumbre de paso. Una escritura de partición establece que el propietario del quinto lote tendrá un derecho de paso por un patio para el servicio de su porción de viñedo únicamente; el propietario del predio dominante establece allí una grande explotación agrícola con granjas, ganado numeroso, y pretende usar del paso para las nuevas necesidades de su heredad. Se rechazó tal pretensión, y con justicia, supuesto que la servidumbre estaba limitada (2). Un patio está gravado con un paso para dar acceso á un jardín; la corte de casación resolvió que la servidumbre no podía extenderse á una casa de habitación edificada por el propietario del predio dominante, siempre por la razón de que la servidumbre estaba restringida por su destino especial (3). Se ha fallado, al contrario, que una servidumbre de paso, constituida en términos generales por una escritura de

1 Lieja, 19 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 74).

2 Lyon, 27 de Junio de 1849 (Dalloz, 1850, 5, 427).

3 Sentencia de denegada apelación de la cámara civil, de 8 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 296).

partición, se extendía á los edificios levantados posteriormente al paso (1).

262. Las necesidades del predio dominante varían. ¿Qué época debe tomarse en consideración para determinar su límite? Dumoulin dice que se deben apreciar las necesidades, teniendo en consideración el estado en que se hallaba el predio en el momento del establecimiento de la servidumbre (2). Hay que cuidarse de erigir este principio en regla absoluta, como Demolombe lo hace. El principio implica una servidumbre restringida á las necesidades del predio, lo que supone una servidumbre limitada, cuyo límite se trata de precisar. Ahora bien, muy bien puede suceder que se establezca una servidumbre para las necesidades actuales y futuras; en este caso, la cuestión ya no es de averiguar la medida de las necesidades en la época en que se constituyó. Hay que decir más: á menos que la servidumbre esté limitada á un uso particular, hay que interpretarla en un sentido extensivo más bien que restrictivo. En efecto, las necesidades actuales son las del propietario de la heredad dominante; ahora bien, la servidumbre se estipula, no en vista de la persona, sino en vista del predio, es decir, en vista de necesidades variables. Se ha fallado, en el sentido de nuestra opinión, que no había por qué considerar la profesión, los hábitos del que estipula la servidumbre, si por lo demás está establecida sin restricción. En una escritura de venta hecha por una abadesa, se lee: "Los compradores no podrán tomar ni practicar ningunas luces, ventanas, claraboyas, ni otras de cualquier género que sean, hacia las construcciones de la abadía; las lumbreras que manden practicar en los techos de sus casas no podrán hacerse sino por el lado de la nueva calle, de modo que las mencionadas construc-

1 Caen, 27 de Agosto de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1162, 4^o).
2 Dumoulin, "De divid, et nidio," part. III, núm. 83. Compárese Demolombe, t. 12, p. 373, núm. 850.

ciones jamás puedan ser onerosas ni perjudiciales á la abadía." La abadía se vendió como bien nacional. De aquí la cuestión de saber si la servidumbre establecida en términos tan extensos lo había sido en vista de las monjas de la abadía. La corte de Metz decidió la cuestión negativamente. Habría algún motivo para dudar si se hubiese aplicado al principio de Dumoulin, tal como Demolombe lo interpreta. Pero tan generales eran los términos que era imposible considerar la servidumbre como limitada; por tanto, no era posible prevalerse de una regla de interpretación que supone una servidumbre limitada (1).

II. Restricción resultante de la libertad del predio sirviente.

263. El art. 702 dice: "El que tiene un derecho de servidumbre no puede usarlo sino según su título, sin poder hacer, ni en el predio que debe la servidumbre, ni en el predio al cual se deba ésta, ningún cambio que agrave la condición del primero." A veces se confunde el caso de *agravación* previsto por el art. 702 con la restricción que resulta del *objeto de la servidumbre*. Las dos hipótesis son diferentes y están regidas por principios diferentes. En la primera, se trata de saber si la servidumbre puede extenderse á predios para los cuales no se ha constituido, ó aplicarse á un uso para el cual no se ha establecido. Esta es una cuestión de derecho, en cuya resolución el juez no debe preocuparse del perjuicio que resulta de la extensión de la servidumbre; él no debe considerar más que el derecho del propietario de la heredad dominante. Mientras que el art. 702 supone que no hay duda alguna sobre la existencia de la servidumbre; el derecho del propietario de la servidumbre es constante; se trata del ejercicio del

1 Metz, 6 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 150).

derecho; ¿puede él hacer cambios en su predio ó en el predio sometido? La ley distingue. Si el cambio no agrava la posición del predio sometido, el propietario dominante puede hacerlo; y no puede hacer cualquier cambio, sea el que fuere, que sea propio para agravar la condición del predio sirviente. Así, pues, la agravación es una cuestión de perjuicio. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina no aplican el principio con rigor; se exige que el perjuicio sea sensible para que el propietario del predio sirviente pueda quejarse. Esto es de tradición; Dumoulin agregaba ya esta reserva, la cual se explica por la naturaleza de las servidumbres. Son calidades del predio dominante; ahora bien, los predios no son inmutables; el interés de los propietarios, de acuerdo con el interés público, quiere que el cultivo, que la explotación puedan modificarse, y todo cambio en el predio acarrea las más de las veces un cambio en la servidumbre. De aquí podrá resultar una agravación de la carga: si ella es tal que las partes debían esperarsela, entonces está prevista y consentida anticipadamente. En este sentido es como debe entenderse el principio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia (1). Así, pues, la cuestión de saber si hay agravación, es esencialmente una cuestión de hecho. Al juez corresponde apreciar el daño que resulta del cambio verificado por el propietario del predio dominante. Si él comprueba que el cambio no es propio para perjudicar al predio dominante, la decisión no puede ser reformada por la corte de casación (2).

264 Hay un caso muy frecuente en el cual los propietarios de los predios sometidos se quejan de los cambios operados en el predio dominante y de la agravación de la

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 90 y nota 18, y por Demolombe, t. 12, p. 375, núm. 852.

2 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 358), y de 15 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 339).

servidumbre resultante, y es cuando aumenta el número de los que usan la servidumbre. La ley prevee una hipótesis acerca de la cual insistiremos más adelante, y es la de la división de la heredad dominante á causa de herencia; la servidumbre, dice el art. 700, permanece debiéndose para cada porción, por más que el número de las personas que la usen aumente necesariamente; la ley no considera la servidumbre como agravada, si la servidumbre se ejerce siempre de la misma manera, si por ejemplo, el paso se ejerce por el mismo paraje. Esto prueba, que en la mente de la ley, no hay agravación sino cuando un gran número de personas ejercen la servidumbre. El edificio, á cuyo favor se ha establecido una servidumbre de paso, se agranda, toma mayor altura; en consecuencia, aumenta notablemente el número de los habitantes que usan del paso; se ha fallado que de esto no resultaba agravación de la servidumbre. Los que consintieron la servidumbre, dice la corte de Rouen, debieron preveer que los edificios habían de crecer (1), porque esta es una consecuencia necesaria del aumento de población. En general, la servidumbre no puede extenderse á predios nuevos, anexados al dominante; porque esto es más que una agravación de servidumbre, es una servidumbre nueva que se cría. Sin embargo, la corte de casación ha fallado que si el juez del hecho ha decidido que el crecimiento del predio dominante, lejos de constituir una agravación de servidumbre disminuye la frecuencia del paso, el propietario del predio sirviente no tiene derecho á quejarse (2). Dudamos que esta decisión esté en armonía con el rigor de los principios; ella es muy equitativa, pero viola el derecho del predio sirviente gravándolo con una carga á la cual no

1 Rouen, 11 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1849, 2 93).

2 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 153).

estaba sometido por el título constitutivo; que haya ó no perjuicio, la servidumbre no puede ejercerse en provecho de un predio para el cual no se ha estipulado.

La cuestión se hace más difícil cuando cambia el destino de la casa. Esta era burguesa, y se transforma en café, un círculo social; ¿no se agrava la servidumbre de paso con este cambio? La corte de casación ha confirmado una sentencia que decide que hay agravación (1). En el caso al debate, había más que agravación por el número de personas que usaban el paso; había, además, extensión de la servidumbre á dos casas anexadas al predio dominante; en la opinión que acabamos de enseñar, el derecho del propietario de la heredad dominante estaba excedido, y por consiguiente, el propietario del predio sometido tenía el derecho de quejarse, haciendo abstracción de todo perjuicio. ¿Qué habría que resolver si hubiese simple cambio de destino? A nosotros nos parece que la agravación es incontestable. Yo consiento en un paso en provecho de una casa burguesa; debo esperar á que aumente el número de los habitantes ó á que se eleve el edificio. ¿Debo también esperar que la casa se vuelva café, casino, á que en ella se celebren bailes, á que día y noche se ejerza el paso con ruido y escándalo? Ciertamente que nó. Así es que no podemos aprobar una sentencia que ha juzgado que no había agravación de la servidumbre de paso en el hecho de construir un edificio en el predio dominante y establecer en él una casa de tolerancia. Los mismos hechos que la sentencia hace constar hablan en contra de la decisión de la corte; es dar á la servidumbre, dice la sentencia, una extensión bien desagradable, es causar un perjuicio notable al propietario del predio sujeto. ¿Por qué, á pesar de esto, la corte se ha pronunciado contra el

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 339).

propietario del predio sirviente? Porque el art. 702 exige cambios en el estado de los lugares (1). Esto es dar á la ley un sentido demasiado estrecho, á lo que creemos; desde el momento en que hay extensión de la servidumbre y perjuicio notable, hay violación del título, y haciendo abstracción del texto del art. 702, habría acción. En el caso á discusión, había, además, construcción de una casa. ¿No era esto un cambio en el estado de los lugares? Sin duda que deben tomarse en consideración los términos del título, y se puede admitir una interpretación extensiva fundada en la voluntad de las partes. ¿Se dirá que el que ha consentido un paso por un terreno no edificado, daba á entender que concedía un paso á los que frecuentan una de esas horribles guaridas que la tolerancia abre á la prostitución?

265. ¿Puede el propietario del predio dominante pedir que se cambie el paraje por donde se ejerce la servidumbre? Antes que todo debe verse á quien corresponde fijar ese paraje. Ya era controvertida la cuestión en el antiguo derecho. Dumoulin aplicaba á las servidumbres la regla de interpretación que se sigue en materia de convenios; en las dudas, se pronuncia en favor del deudor (art. 1162). Esta opinión está todavía sostenida bajo el imperio del código, y el art. 701 parece favorecerla permitiendo al propietario del predio sometido que pida se cambie el paraje por el cual la servidumbre puede ejercerse, mientras que no existe texto que dé este derecho al propietario del predio dominante. Nosotros creemos con Demolombe que en el silencio del título y si las partes están en desacuerdo, el juez puede resolver la contienda, y que al resolverla, podrá tener en cuenta la libertad del predio deudor de la servidumbre. Dar al propietario del predio sirviente la elección del paraje afectado al ejercicio de la

1 Agen, 4 de Julio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 95).

servidumbre, es agregar algo al título, y no interpretarlo. En cuanto á la ley, está muda. El art. 701 supone que el paraje se ha fijado y que se trata de cambiarlo. Luego cuando todavía no se ha fijado el paraje, no hay ni ley ni título, es decir, que se necesita el consentimiento de las partes y que, si ellas no están de acuerdo el juez resolverá (1).

Si se determina el paraje por el cual debe ejercerse la servidumbre ¿el propietario del predio dominante puede pedir que se cambie? Supónese que tal cambio no agrava la condición del predio sometido; el art. 702 y los principios se oponen á toda agravación. Si no se agrava la condición del predio sirviente por el cambio, los tribunales deberán otorgarlo, á lo que cremos, á pesar de rehusarse el propietario del predio sometido. La ley permite que se cambie el paraje á demanda de éste, art. 701; ahora bien ¿no debe ser igual la condición de las partes? ¿hay una razón para negar á una de ellas lo que se concede á la otra? Prevalense del texto del art. 701; éste es el argumento invocado por la jurisprudencia. A nuestro juicio, tiene poco valor, el silencio de la ley es, en general, una mala razón para decidir. Hay un motivo más serio para dudar, y es que los tribunales no tienen poder para modificar los títulos, porque para esto se necesita el consentimiento de las partes ó un texto de ley. Nosotros contestamos que en materia de servidumbre, la ley se aparta de este principio. El art. 702 da al propietario del predio dominante el derecho de operar ciertos cambios que no agraven la condición de la heredad sometida; el art. 701 permite al propietario del predio sirviente que pida un cambio en el ejercicio de la servidumbre. Luego según el texto mismo del código, nada de inmutable hay en esta materia. El interés

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 365, número 843).

general, tanto como el de las partes, se opone á esta inmutabilidad. Y si se admite que el paraje por donde se ejerce la servidumbre puede cambiarse á demanda del propietario de la heredad sirviente, se debe por vía de analogía conceder el mismo derecho al propietario del predio dominante (1).

266. Supónese que el que tiene una servidumbre opera cambios que agravan la condición del predio sometido; ¿cuáles serán los derechos del propietario de este predio? Déjase entender que él puede pedir la destrucción de los trabajos, y en caso necesario daños y perjuicios. ¿Puede él también promover en lo posesorio? La afirmativa ha sido fallada en varias ocasiones por la corte de casación, y no es dudosa. Se emplea una servidumbre de acueducto en una fábrica para cuyo uso no se había establecido aquella; esta innovación, dice la corte, constituye una agravación de servidumbre, y de ella resulta un transtorno en la posesión del propietario de la heredad sirviente que lo autoriza á proceder en lo posesorio (2). Hay que decir más, no es únicamente una agravación de servidumbre, sino una nueva servidumbre, luego una usurpación á la propiedad, la cual implica también un transtorno en la posesión. Pero si la servidumbre no se extiende á nuevos predios ó á un uso nuevo, si hay simple cambio en el ejercicio de la servidumbre, entonces se necesita ver si el cambio constituye una agravación; si no hay agravación, el propietario del predio sometido no puede promover ni en lo posesorio ni en lo petitorio. Se grava una propiedad con la servidumbre de derrame de las aguas de uso doméstico de una comuna; en lugar de dejar correr el agua al resumidero á cielo abierto, uno de los habitantes (tra-

1 Esta es la opinión de Valette (Mourlon, "Repeticiones," t. 1°, p. 817, 5°).

2 Sentencia de casación, de 10 de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 358).

tábase de un convento) las lleva por un canal subterráneo; ¿hay en este hecho una agravación de la servidumbre, y por consiguiente, un transtorno en la posesión? El juez del hecho dejó comprobado que el propietario del predio sirviente no experimentaba ningún perjuicio con tal innovación; luego no había agravación en el sentido legal, y por lo tanto no había acción (1).

§ IV.—OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA HEREDAD SIRVIENTE.

Núm. 1. Obligaciones.

267. El propietario del predio sirviente está obligado á sufrir ó á no hacer, según que la servidumbre es afirmativa ó negativa (núm. 143). Según los términos del artículo 701, él no puede hacer nada que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó á volverla más molesta. La ley da una aplicación del principio agregando: "Así es que él no puede cambiar el estado de los sitios, ni transportar el ejercicio de la servidumbre á un paraje diferente de aquél que primitivamente se le señaló." ¿Acaso todo cambio en el estado de los sitios está prohibido, aun cuando no resultare ningún perjuicio al propietario del predio dominante? Nosotros creemos que se debe aplicar á la *diminución* de la servidumbre resultante de las innovaciones del propietario de la heredad sometida, el principio que la doctrina y la jurisprudencia aceptan para la *agravación* de la servidumbre que resultaría de los trabajos ejecutados por el dueño del predio dominante (núm. 263). La posición de las dos partes debe ser igual, y las razones para decidir, las mismas. Hay sin embargo, una sentencia de la corte de casación que parece decidir lo contrario. Tratábase de una servidumbre de derrame de las aguas

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, I, 111).

pluviales; el propietario del predio sirviente quería levantar construcciones contra la pared medianera de donde caían las aguas, lo que motivaba el cambio de lugar del resumidero. El sostenía que este cambio de sitio ningún perjuicio originaría al vecino. Sin embargo, se desecharon sus pretensiones. Pero había en este negocio una circunstancia especial que se debe señalar á fin de no dar á la sentencia una trascendencia que no tiene. El título constitutivo de la servidumbre decía expresamente que los sitios permanecerían los mismos (1). Esta cláusula quitaba al juez todo poder de apreciación, al menos así se podía interpretar, y no corresponde á la corte de casación criticar la interpretación del primer juez. Luego ésta no es una sentencia de doctrina.

268. ¿Cuándo hay perjuicio? La cuestión es evidentemente de hecho, y debe resolverse teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Basta que el uso de la servidumbre sea menos cómodo, según el texto de la ley, para que el propietario del predio dominante tenga el derecho de quejarse. A menudo, la servidumbre es una cuestión de comodidad y un derecho, luego hay que tener en cuenta esta consideración. Así es que el propietario del predio gravado con una servidumbre de paso, no podría cultivar el paraje por donde el paso se ejerce: éste debe ser un sendero ó un camino, lo que excluye todo cultivo. El ancho del camino de paso pone á menudo en conflicto el interés de los dos propietarios. Si el título no determina el ancho hay que ver cuál es el destino del paso. Se ha fallado que podía reducirse á una anchura de cuatro piés si debe servir únicamente para gentes á pie (2). Si el título determina el ancho, da la ley á las partes, y sería difícil restringirla,

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Mayo de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1172, 4°).

2 Paris, 3 de Abril de 1837 (Daloz, "*Servidumbre*," núm. 1002, 1°)
P. de D. TOMO VIII.—48

tábase de un convento) las lleva por un canal subterráneo; ¿hay en este hecho una agravación de la servidumbre, y por consiguiente, un transtorno en la posesión? El juez del hecho dejó comprobado que el propietario del predio sirviente no experimentaba ningún perjuicio con tal innovación; luego no había agravación en el sentido legal, y por lo tanto no había acción (1).

§ IV.—OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA HEREDAD SIRVIENTE.

Núm. 1. Obligaciones.

267. El propietario del predio sirviente está obligado á sufrir ó á no hacer, según que la servidumbre es afirmativa ó negativa (núm. 143). Según los términos del artículo 701, él no puede hacer nada que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó á volverla más molesta. La ley da una aplicación del principio agregando: "Así es que él no puede cambiar el estado de los sitios, ni transportar el ejercicio de la servidumbre á un paraje diferente de aquél que primitivamente se le señaló." ¿Acaso todo cambio en el estado de los sitios está prohibido, aun cuando no resultare ningún perjuicio al propietario del predio dominante? Nosotros creemos que se debe aplicar á la *diminución* de la servidumbre resultante de las innovaciones del propietario de la heredad sometida, el principio que la doctrina y la jurisprudencia aceptan para la *agravación* de la servidumbre que resultaría de los trabajos ejecutados por el dueño del predio dominante (núm. 263). La posición de las dos partes debe ser igual, y las razones para decidir, las mismas. Hay sin embargo, una sentencia de la corte de casación que parece decidir lo contrario. Tratábase de una servidumbre de derrame de las aguas

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, I, 111).

pluviales; el propietario del predio sirviente quería levantar construcciones contra la pared medianera de donde caían las aguas, lo que motivaba el cambio de lugar del resumidero. El sostenía que este cambio de sitio ningún perjuicio originaría al vecino. Sin embargo, se desecharon sus pretensiones. Pero había en este negocio una circunstancia especial que se debe señalar á fin de no dar á la sentencia una trascendencia que no tiene. El título constitutivo de la servidumbre decía expresamente que los sitios permanecerían los mismos (1). Esta cláusula quitaba al juez todo poder de apreciación, al menos así se podía interpretar, y no corresponde á la corte de casación criticar la interpretación del primer juez. Luego ésta no es una sentencia de doctrina.

268. ¿Cuándo hay perjuicio? La cuestión es evidentemente de hecho, y debe resolverse teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Basta que el uso de la servidumbre sea menos cómodo, según el texto de la ley, para que el propietario del predio dominante tenga el derecho de quejarse. A menudo, la servidumbre es una cuestión de comodidad y un derecho, luego hay que tener en cuenta esta consideración. Así es que el propietario del predio gravado con una servidumbre de paso, no podría cultivar el paraje por donde el paso se ejerce: éste debe ser un sendero ó un camino, lo que excluye todo cultivo. El ancho del camino de paso pone á menudo en conflicto el interés de los dos propietarios. Si el título no determina el ancho hay que ver cuál es el destino del paso. Se ha fallado que podía reducirse á una anchura de cuatro piés si debe servir únicamente para gentes á pie (2). Si el título determina el ancho, da la ley á las partes, y sería difícil restringirla,

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Mayo de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1172, 4°).

2 Paris, 3 de Abril de 1837 (Daloz, "Servidumbre," núm. 1002, 1°)
P. de D. TOMO VIII.—48

á menos de apoyarse en la intención de las partes contratantes.

La jurisprudencia aplica estos principios hasta á la servidumbre legal de paso. Se ha fallado que el propietario enclavado podía oponerse á que se cultivase la faja de tierra que sirve de senda cuando el paso se ejerce por ahí hace treinta años. De buena gana admitimos con la corte de Metz, que las sabias disposiciones del art. 701 se apliquen al paso en caso de enclave (1). Hay, no obstante, una diferencia muy grande entre un paso consentido y un paso ejercido á título de necesidad. En la opinión que nosotros hemos enseñado (núms. 93 y siguientes), el propietario del predio sometido en virtud de la ley, conserva una libertad mayor; puede cambiar el cultivo, luego también cambiar de lugar el paraje por donde se ejerce el paso. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho. Esto no quiere decir que el propietario del predio sometido quede libre para hacer en su predio lo que guste; él debe el paso y no puede embarazarlo, muchas veces aun imposibilitarlo: en este sentido, las reglas del art. 701 deben tener su aplicación (2).

269. Puede suceder que los cambios operados en el predio sometido no causen ningún perjuicio al propietario del predio dominante; en este caso, éste no tiene derecho á quejarse. Una servidumbre de luces existe á favor de una cochera; el único objeto de la servidumbre es procurar luz al predio dominante. El propietario del predio sometido hace construcciones que disminuyen la luz; pero el juez comprueba que no por eso la cochera se oscurece más de lo que lo están los departamentos de esta especie, y que baña bastante luz para permitir al propietario entregarse á las ocupaciones á que está destinada la coche-

1 Metz, 19 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 2, 200).

2 Pau, 1° de Noviembre de 1862 (Daloz, 1866, 2, 433).

ra. Luego no había ningún perjuicio; legalmente hablando, la servidumbre no estaba disminuida, por más que hubiese disminución de luz. La corte de casación resolvió que la sentencia atacada no violaba el art. 701, puesto que á la corte de apelación incumbía apreciar los hechos (1).

270. De aquí no habría que concluir que la corte de casación no puede jamás revisar las sentencias pronunciadas en esta materia por los jueces del hecho. Si por la sentencia atacada está probado que los cambios operados en el estado de los sitios dañan al predio dominante y que, no obstante, la sentencia desecha la querrela del propietario de esta heredad, hay violación de la ley, y por consiguiente, lugar á casación. Se lee en el acta de un juez de paz que las nuevas construcciones elevadas en el predio sometido eran un obstáculo para que la luz penetrase por la ventana del predio dominante; perjuicio bien ligero por el momento, pero que podría hacerse considerable en lo sucesivo. La corte de París desechó la querrela del propietario de la cosa, su sentencia fué casada porque violaba el art. 701 (2). En otro caso, existía igualmente una servidumbre de luces ejercida por cuatro ventanas que caían hacia un patio. El propietario de la heredad sirviente construyó en su patio un techo envidrierado por encima de las ventanas. La sentencia comprueba que el techo no interceptaba la luz y ningún perjuicio ocasionaba al predio dominante. No obstante esto, la sentencia se casó, porque había contradicciones entre la decisión de la corte y los hechos, supuesto que la construcción del techo con vidrios disminuía necesariamente el uso de la servidumbre; luego había violación del art. 701 (3).

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 395).

2 Sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1171, 2°).

3 Sentencia de casación, 15 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1172, 1°).

271. Si los cambios acarrear una disminución de la servidumbre, el propietario lesionado puede pedir la supresión de los trabajos y reclamar daños y perjuicios, si hay lugar para ello. ¿Tendría el mismo derecho contra el sucesor de aquél que hizo los cambios? Es claro que él puede exigir la destrucción de las obras contra todo detentador del predio sirviente, y esto no es más que una consecuencia de la realidad de un derecho. ¿Pero podría también reclamar los daños y perjuicios que se le deben, contra el tercer detentor? La negativa nos parece evidente, á pesar del disentiimiento de Demolombe. ¿De que proviene la obligación de daños y perjuicios? De un hecho dañoso, y si hay contrato, de la inejecución de una obligación, en todas las hipótesis de una culpa; ahora bien, las culpas son personales tanto como sus consecuencias; por lo que no es el predio el deudor, sino el propietario que ha operado los cambios de donde resulta la disminución de la servidumbre. Se objeta que la obligación de no disminuir el uso de la servidumbre deriva de ésta, y toma su carácter real, del mismo modo que la obligación de hacer los trabajos necesarios para el ejercicio de la servidumbre es real en virtud del art. 698. Esto es razonar muy mal. El art. 698 es una excepción á los principios generales, por lo que hay que cuidarse de erigirlo en regla, extendiéndolo á todas las obligaciones que pudiera contraer el propietario del predio sirviente; estas obligaciones son personales por esencia, luego sólo procuran una acción personal contra el deudor. Hay una sentencia de la corte de casación, en sentido contrario; creemos inútil detenernos en ella; pronunciada en circunstancias enteramente especiales, es una decisión de hecho más bien que de doctrina, no habría porque tenerla en cuenta; no hay autoridad, por grande que sea, que pueda transformar un derecho personal en uno real, solamente el legislador tie-

ne tal poder. El lo ha hecho en el caso previsto por el art. 698; pero precisamente porque esta disposición es tan exorbitante del derecho común, hay que restringirla al caso para el cual se estableció.

Núm. 2. Derechos.

272. El dueño del predio que debe la servidumbre sigue siendo propietario; luego puede usar de su derecho de propiedad, con la sola restricción de que estando desmembrado su derecho, nada puede hacer que sea contrario al derecho del propietario de la heredad dominante. Se ha fallado que aquél cuyo predio está gravado con una servidumbre de paso conserva la libre disposición del suelo sometido, que puede por lo tanto, hacer encima y debajo todos los trabajos que juzgue convenientes, con el cargo de dejar al paso la altura y la anchura necesarias para el pleno ejercicio de la servidumbre (1). El propietario puede también usar de su derecho de exclusión impidiendo al propietario del predio dominante que practique vistas á la senda que sirve de paso. Déjase comprender que el derecho de paso no da el derecho de vista. Así, pues, el dueño del predio sirviente puede oponerse á que haga, sea lo que fuere, en su predio, fuera del gravamen á que está sometido. El puede, por consiguiente, levantar construcciones que obstruyan las vistas del vecino, con tal de que no sean obstáculo para el uso de la servidumbre de paso, la única con que está gravado su predio (2).

273. ¿El propietario del predio sirviente puede cercarse? Ciertamente que sí, si el cerco no disminuye el uso de la servidumbre y la hace más molesta. Esta última expresión del art. 701 origina una dificultad. Aquél cuyo predio está gravado con una servidumbre de paso puede

1 Aix, 19 de Enero de 1855 (Dalloz, 1857, 2, 32).

2 París, 14 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1854, 702).

cercarse si esto no estorba el ejercicio del paso (1). No se pone en duda este derecho, á pesar de los términos restrictivos del art. 647 que parece establecer una excepción del derecho de cercarse, cuando hay lugar al paso en caso de enclave. Remitimos á lo que queda dicho en el tomo VII, núm. 441. Pero ¿cuando puede decirse que el cerramiento estorba ó disminuye ó hace más molesta la servidumbre de paso? Esta es una dificultad de hecho más que de derecho, que ha dado lugar á decisiones contradictorias de la misma corte. La corte de Bruselas ha fallado que el propietario puede muy bien establecer barreras para cercarse, pero que no puede poner en ellas cerraduras con llave, aun cuando ofreciere poner en manos del propietario del predio dominante un número triple de llaves ó en número más considerable. Esta decisión se enlaza con la letra del art. 701; cierto es que el propietario del predio dominante se vería molestado, puesto que á toda hora tendría que llevar consigo una llave para pasar, y que con solo olvidarla no podría hacer uso del paso (2). Esto es verdad, pero no es demasiado riguroso. El propietario de una casa debe también llevar consigo una llave para entrar, y si la olvida, puede encontrarse en la imposibilidad momentánea de penetrar á su propiedad; esto es un inconveniente, pero ¿puede compararse al de dejar sin cercado una propiedad? porque una barrera que no se cierra con llave no es un cercado. Nosotros preferimos otra decisión de la misma corte en materia de enclave; ella ha permitido al propietario del predio sirviente que se cerque mediante una barrera que se cierre con llave (3). Los motivos, hay que confesarlo, no son muy jurídicos. La sentencia dice que los tribunales

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 98 y nota 5.

2 Bruselas, 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 346).

3 Bruselas, 3 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 301).

tienen á su cargo, en materia de servidumbre, conciliar el interés de la agricultura con el respeto que se debe á la propiedad; el código civil dice esto cuando se trata de los derechos de los ribereños de una corriente de agua no navegable; pero en este caso no hay derechos absolutos en presencia, porque el derecho de uno de los ribereños limita el del otro. La corte cita además los arts. 700 y 702 que dan á los tribunales cierto poder de apreciación. ¿Pero tienen la misma latitud en la aplicación del art. 701? Todo lo que puede decirse es que la "molestia" es una cuestión de hecho; luego los tribunales pueden decidir que si está cercado el predio sirviente por una barrera que cierre con llave, el uso de la servidumbre ya no es incómodo, puesto que la llave es suficiente para abrir la barrera.

274. ¿El propietario del predio sirviente puede servirse del predio para el mismo uso para el cual se ha establecido la servidumbre? Naturalmente se supone que el título no da al propietario del predio dominante un derecho exclusivo. A menos de convenio contrario, aquél cuyo predio se halla gravado con una servidumbre puede usar de su propiedad, no á título de servidumbre, supuesto que "res sua nemini servit, sino en virtud de su derecho de dominio. Nada hay de incompatible en el concurso de los derechos de propiedad y de servidumbre que se ejercen en un mismo predio; yo puedo pasar por el predio que me pertenece como propietario, y tu puedes pasar por él en virtud de tu derecho de servidumbre. Déjese entender que en este caso, el dueño del predio sirviente no está obligado á soportar él solo los gastos que requiera el ejercicio de la servidumbre; siendo común el uso, los gastos deben dividirse en la proporción del goce de cada uno. Existe una servidumbre que regularmente implica esta comunidad de uso, y es la servidumbre de lagar. Por esto se en-

tiende el derecho que tengo de usar del lagar de otro para las cosechas que provienen de mi finca. Es costumbre en ciertas localidades que el propietario del predio dominante se sirva del lagar cada cinco semanas, y que, en consecuencia, contribuya en un quinto en las reparaciones (1).

275. ¿Puede el propietario del predio sometido pedir el cambio de lugar de la servidumbre? El art. 701 comienza por decir que él no puede cambiar el estado de los sitios, ni transportar el ejercicio de la servidumbre á un lugar diferente de aquél que primitivamente se le señaló; y en seguida agrega una restricción á dicha regla. Si el señalamiento primitivo se hubiese vuelto más oneroso al propietario del predio sometido, ó si le impidiera que practicasen reparaciones ventajosas, él podría ofrecer al propietario del predio un pareje igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y este no podría rehusarlo. Esta disposición es notable. Ella prueba que las servidumbres nada tienen de absoluto, y que pueden modificarse por consideraciones de equidad. No pasa lo mismo con las obligaciones convencionales, las cuales tienen fuerza de ley para los que las han contratado, y el juez, tanto como las partes, no puede modificarlas á nombre de la equidad, á menos que la ley le otorgue tal derecho. Se habría debido aplicar el mismo principio á las servidumbres establecidas por convenio, si el legislador no hubiera derogado el rigor de los principios. Ya hemos tropezado con varias de estas derogaciones. Puede cambiarse el estado de los lugares de las partes interesadas, con tal que no resulte ningún perjuicio de estas innovaciones para uno de los vecinos (núms. 94 y 269). Sucede lo mismo con el paraje por el cual debe ejercerse la servidumbre. La ley

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 99 y notas 8 y 9. Demolombe, t. 12, página 456, núm. 935.

supone que ha habido un señalamiento primitivo, lo que implica un convenio, á menos que la servidumbre se haya constituido por testamento. A pesar de este convenio, el propietario del predio sirviente puede pedir el cambio de lugar de la servidumbre, y si sus ofertas son conformes al art. 701, el otro propietario no puede desecharlas. Así, pues, la voluntad de una de las partes es la que viene á modificar la ley del contrato. ¿Por qué permite la ley que una de las partes contrayentes, á pesar de la denegación de la otra, modifique sus convenios, cuando se trata de servidumbres? Ya hemos dado la razón. Las servidumbres restringen el ejercicio de la propiedad en provecho del predio dominante. Estas restricciones no deben comprometer el interés general. Y podrían comprometerlo estorbando el mejoramiento del cultivo ó el perfeccionamiento de las construcciones, lo que interesa á la industria. Es, pues, importante que haya una cierta latitud para conciliar con el interés público el interés de los particulares que han establecido la propiedad.

Por esto es por lo que se decide que no es permitido á las partes contrayentes renunciar al derecho que la ley les otorga para modificar sus convenios, aun por voluntad de una de ellas (1). En teoría, esta opinión es incontestable, puesto que jamás se permite derogar lo que es de interés general, y estamos suponiendo que lo hay en este caso. Pero la aplicación es muy delicada. Toda servidumbre estorba el ejercicio de la propiedad, y por consiguiente, más ó menos el de la agricultura ó la industria. Sin embargo, el propietario del predio sirviente no puede librarse de ese gravamen; la ley no le permite la reducción. En este sentido, los convenios que establecen las servidumbres son

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 100 y nota 13. Demolombe, t. 12, página 426, núm. 905.

irrevocables y los gravámenes que crean perpetuos. La ventaja que saca el predio dominante de la servidumbre es una compensación de los inconvenientes y de las trabas que resultan para el predio sometido. De todos modos, es importante que, en razón de perpetuidad misma de las servidumbres, el ejercicio de la servidumbre pueda modificarse, á fin de permitir al propietario del predio sirviente todas las mejoras compatibles con los derechos del propietario de la heredad dominante. Pero también, y por idénticas razones, hay que conceder el mismo derecho al propietario del predio al que se debe la servidumbre (núm. 265).

276. Nosotros hemos supuesto que el cambio de lugar de la servidumbre puede pedirse aun cuando el título determinase el paraje por el cual debe ejercerse. Hay alguna variación acerca de este punto en la jurisprudencia (1). El texto dice que el señalamiento primitivo puede cambiarse; este señalamiento, como acabamos de decirlo, implica un convenio expreso ó tácito, y el convenio expreso se hallará generalmente en el título. En cuanto al espíritu de la ley, parécenos que los motivos que acabamos de desarrollar no dejan duda alguna sobre la cuestión.

Hemos supuesto también que el cambio de lugar de la servidumbre puede hacerse por la voluntad sola del propietario de la heredad sirviente. Ensenáse lo contrario. Hay que entenderse; en el fondo, todos están de acuerdo, y no hay duda posible, puesto que el texto de la ley es positivo. Evidentemente que el propietario del predio sirviente no puede á su antojo, pedir que se traslade la servidumbre; el art. 702 determina las condiciones bajo las cuales él puede ejercer esos derechos. Así, pues, la translación no depende de su capricho. Tampoco puede hacerlo sin el con-

1 Pau, 9 de Febrero de 1835 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. número 1182).

curso de su vecino; porque la ley dice que debe hacerle ofertas; pero como el propietario del predio dominante no puede rehusar dichas ofertas, queda como una verdad que está modificado el título por voluntad de una de las partes.

277. El art. 701 no habla más que del cambio de lugar de la servidumbre. ¿Debe aplicarse por analogía al ejercicio de la servidumbre? Existe una sentencia en este sentido: el propietario del predio sirviente puede pedir un cambio, dice la corte de Montpellier, si la modificación que él reclama no puede dañar ni directa ni indirectamente, en el presente ni en el porvenir, al predio dominante, ni disminuir la utilidad que este predio saca de la servidumbre, ó hacer más incómodo el ejercicio de la servidumbre (1). Claro es que existe el mismo motivo para decidir. Sin embargo, la cuestión es dudosa. No siempre se puede razonar por analogía, y menos cuando se trata de excepciones. ¿Y el art. 701 no es una excepción de la inmutabilidad del título? El texto mismo nos parece restrictivo. El segundo inciso dice que el propietario del predio sirviente no puede cambiar el estado de los lugares ni trasladar la servidumbre; en seguida, el tercer inciso permite el cambio de lugar con ciertas condiciones, pero no da él mismo derecho para el cambio de los lugares. Así, pues, parece que mantiene la inmutabilidad del título en lo concerniente al ejercicio de la servidumbre. Sin embargo, creemos que la corte ha fallado bien. A decir verdad, la disposición del art. 701 no es excepcional, es más bien la aplicación de un principio que el código sigue en materia de servidumbre; este principio, según acabamos de establecerlo, es precisamente el de la mutabilidad del título; como cambian las necesidades de los predios, y como la sociedad está interesada en que las servidumbres no embaracen los

1 Montpellier, 23 de Julio de 1846 (Dalloz, 1847, 70).

cambios que se han hecho necesarios, la ley ha debido permitir á las partes interesadas que modifiquen el ejercicio de la servidumbre; y si ella permite que se cambie el asiento de la servidumbre, debe por idénticas razones, permitir que se cambie el estado de los lugares.

§ V.—EFECTO DE LA DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL SIRVIENTE.

Núm. 1. División del predio dominante.

278. El art. 700 supone que la heredad dominante llega á dividirse, y decide que la servidumbre permanece debida para cada porción. ¿Cuándo hay división en sentido de la ley? ¿y por qué mantiene la servidumbre para cada porción del predio dominante? La división de los predios se hace ordinariamente cuando el propietario del predio dominante llega á morir dejando varios herederos. Puede también haber división cuando el propietario vende su heredad por porciones. La ley no distingue por qué causas se opera la división; luego debe decidirse que en todos los casos la servidumbre permanece debiéndose por cada porción. Pardessus cree que en caso de venta, el propietario del predio sirviente tendría una acción de daños y perjuicios por el que sufre con la división del predio y con la extensión de la servidumbre. ¡Vaya una singular idea! ¿Puede haber daños y perjuicios sin falta? ¿Y en dónde está la del propietario que vende su predio en pequeñas porciones? ¿El que usa de su derecho es el culpable? Ni siquiera puede decirse que cause un perjuicio al predio sirviente, porque el art. 700 agrega que en caso de división de la heredad dominante, la condición del predio sometido no debe agravarse. Pardessus olvida, además, que el artículo 700 no hace más que aplicar un principio elemental de derecho: la servidumbre se debe al predio, luego á todas

sus partes, cuando se divide aquél por cualquiera causa que sea (1).

279. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir si las diversas porciones de la heredad dominante son poseídas por indiviso ó si lo son separadamente á causa de la partición. El texto del art. 700 implica ora la partición, ora la indivisión. Al sentar el principio, la ley supone que la heredad dominante está dividida, es decir, sujeta á partición; mientras que el segundo inciso, que da un ejemplo, supone que hay varios co-propietarios; ahora bien, no hay co-propiedad sino durante la indivisión; despues de la partición hay tanto propietario como porciones ó lotes (2). ¿Debe concluirse de aquí que la ley no prevee más que el estado de división ó el de indivisión? Ella, en realidad, prevee las dos hipótesis, sólo que la redacción no es lógica; cuando se establece un principio para el caso de *división*, no debe darse como ejemplo un caso de *indivisión*; pero poco importa, despues de todo. El principio se aplica, en efecto, en las dos hipótesis, en el sentido de que si el predio poseído primitivamente por un solo propietario llega á ser poseído por varios, todos pueden ejercer la servidumbre, sólo que el modo de ejercerla y los derechos de los propietarios difieren según que hay indivisión ó partición. Luego el legislador habría debido distinguir los dos casos. Vamos nosotros á hacerlo apoyándonos en los principios que rigen la indivisión y la partición combinados con los principios que rigen las servidumbres.

280. El predio dominante pasa por herencia á varias personas. ¿Cuál es su derecho mientras dura la indivisión?

¹ Demolombe, t. 12, p. 382, núm. 859. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, nota 361. Compárese Pardessus, t. 1º, nota 64, p. 154.

² Demolombe, t. 12, p. 379, núm. 856. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, núm. 361.

cambios que se han hecho necesarios, la ley ha debido permitir á las partes interesadas que modifiquen el ejercicio de la servidumbre; y si ella permite que se cambie el asiento de la servidumbre, debe por idénticas razones, permitir que se cambie el estado de los lugares.

§ V.—EFECTO DE LA DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL SIRVIENTE.

Núm. 1. División del predio dominante.

278. El art. 700 supone que la heredad dominante llega á dividirse, y decide que la servidumbre permanece debida para cada porción. ¿Cuándo hay división en sentido de la ley? ¿y por qué mantiene la servidumbre para cada porción del predio dominante? La división de los predios se hace ordinariamente cuando el propietario del predio dominante llega á morir dejando varios herederos. Puede también haber división cuando el propietario vende su heredad por porciones. La ley no distingue por qué causas se opera la división; luego debe decidirse que en todos los casos la servidumbre permanece debiéndose por cada porción. Pardessus cree que en caso de venta, el propietario del predio sirviente tendría una acción de daños y perjuicios por el que sufre con la división del predio y con la extensión de la servidumbre. ¡Vaya una singular idea! ¿Puede haber daños y perjuicios sin falta? ¿Y en dónde está la del propietario que vende su predio en pequeñas porciones? ¿El que usa de su derecho es el culpable? Ni siquiera puede decirse que cause un perjuicio al predio sirviente, porque el art. 700 agrega que en caso de división de la heredad dominante, la condición del predio sometido no debe agravarse. Pardessus olvida, además, que el artículo 700 no hace más que aplicar un principio elemental de derecho: la servidumbre se debe al predio, luego á todas

sus partes, cuando se divide aquél por cualquiera causa que sea (1).

279. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir si las diversas porciones de la heredad dominante son poseídas por indiviso ó si lo son separadamente á causa de la partición. El texto del art. 700 implica ora la partición, ora la indivisión. Al sentar el principio, la ley supone que la heredad dominante está dividida, es decir, sujeta á partición; mientras que el segundo inciso, que da un ejemplo, supone que hay varios co-propietarios; ahora bien, no hay co-propiedad sino durante la indivisión; despues de la partición hay tanto propietario como porciones ó lotes (2). ¿Debe concluirse de aquí que la ley no prevee más que el estado de división ó el de indivisión? Ella, en realidad, prevee las dos hipótesis, sólo que la redacción no es lógica; cuando se establece un principio para el caso de *división*, no debe darse como ejemplo un caso de *indivisión*; pero poco importa, despues de todo. El principio se aplica, en efecto, en las dos hipótesis, en el sentido de que si el predio poseído primitivamente por un solo propietario llega á ser poseído por varios, todos pueden ejercer la servidumbre, sólo que el modo de ejercerla y los derechos de los propietarios difieren según que hay indivisión ó partición. Luego el legislador habría debido distinguir los dos casos. Vamos nosotros á hacerlo apoyándonos en los principios que rigen la indivisión y la partición combinados con los principios que rigen las servidumbres.

280. El predio dominante pasa por herencia á varias personas. ¿Cuál es su derecho mientras dura la indivisión?

¹ Demolombe, t. 12, p. 382, núm. 859. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, nota 361. Compárese Pardessus, t. 1º, nota 64, p. 154.

² Demolombe, t. 12, p. 379, núm. 856. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, núm. 361.

Los co-proprietarios disfrutan en común del predio, y siendo la servidumbre una calidad del predio, disfrutan también en común de la servidumbre. Nada se ha cambiado en cuanto al derecho de servidumbre, es después de la muerte del propietario lo que era antes, porque nada ha cambiado en el predio, sino que en vez de un propietario hay varios. ¿Pero este hecho solo no es un cambio? ¿y este cambio no es una agravación de la servidumbre? El artículo 700 decide que la servidumbre sigue debiéndose "sin que por ello se agrave la condición del predio sometido." A primera vista no se comprende cómo seguirá siendo la misma la carga, cuando el derecho lo ejercen varios en vez de uno solo. Existen servidumbres cuyo uso es el mismo, sea cual fuere el número de los propietarios del predio dominante. Una servidumbre de derrame de las aguas pluviales no cambia, sea que hay diez propietarios ó uno solo. En cambio, hay servidumbres cuyo ejercicio es más frecuente cuando hay varios propietarios del predio dominante al cual se debe aquélla. Tal es la servidumbre de paso; cuando la ejercen varias personas ¿no es más onerosa? ¿y no se agravará la condición del predio sometido? El art. 700 responde á nuestra pregunta. "Así es que, dice el artículo, si se trata de un derecho de paso, todos los co-proprietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo paraje." Durante la indivisión, esto no tiene duda, puesto que la servidumbre permanece la misma. Hay, sin embargo, una dificultad: ¿qué importa que el camino siga siendo el mismo? ¿si es más frecuentado no hay agravación de la servidumbre? La ley decide que no hay agravación. Ella supone, y tal es el rigor de los principios, que la servidumbre se ha establecido para utilidad del predio dominante, sin considerar el número de personas que ocupan el predio: que aumente ó que disminuya, el derecho es el mismo, luego también el gravamen. En otros

términos, el aumento del número de personas llamadas á disponer de la servidumbre ha entrado en las previsiones de los que han establecido las servidumbres; en efecto, ellas deben esperar un hecho que es una ley de la humanidad, el aumento de población, y la muerte que reparte los derechos del difunto entre sus herederos; un hecho previsto y usual no es una agravación de la servidumbre.

Dumoulin daba otra respuesta á nuestra cuestión. Partiendo del principio de que las necesidades del predio no aumenten, y que la servidumbre se deba al predio y no á la persona, él concluye que si en lugar de un propietario hubiese varios, el juez debe intervenir para arreglar la manera de ejercer la servidumbre, sin que de ello resulte una agravación de carga (1). Esto es factible en ciertas servidumbres; si por ejemplo, se otorgase un derecho de paso para la explotación de un predio rural, el juez podría decidir que los co-proprietarios se pusiesen de acuerdo para el ejercicio del derecho, de modo que el paso se practicara como lo estaba cuando vivía el que lo había estipulado. Pero la idea de Dumoulin es impracticable cuando el paso se establece para una casa; ¿cómo limitar, en este caso, el uso de la servidumbre de modo que diez personas no pasen como tampoco una sola? A decir verdad, el texto del código desecha la opinión de Dumoulin. En efecto, el art. 700 supone que en lugar de un propietario hay varios; todos pueden usar del paso, sin que pueda decirse que la servidumbre se agrave, con tal que se ejerza por el mismo paraje. Esto prueba que la ley no tiene en cuenta más que el estado del predio, y que no toma en consideración el número de las personas que usan la servidumbre.

1 Dumoulin, "Extricatio labyrinthi sexdecim legum," números 49-51. Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 27, p. 246, número 361; Demolombe, t. 12, p. 381, núm. 858.

281. La ley aplica el principio á una servidumbre indivisible, el derecho de paso. ¿Qué se resolverá si la servidumbre es divisible? Ordinariamente se dice que todas las servidumbres son indivisibles. Esto es demasiado absoluto. Dumoulin, gran partidario de la indivisión, confiesa que hay servidumbres divisibles, en el sentido de que la utilidad que ellas procuran al predio dominante es susceptible de división. Una toma de agua es divisible, puesto que el volumen de agua puede distribuirse en tantas fracciones como se quiera. El derecho de extraer marga del predio vecino se divide igualmente, puesto que puede dividirse la cantidad de marga, y puesto que en realidad se fija en razón de la extensión del predio dominante, lo mismo que la toma de agua se proporciona á las necesidades del predio para cuya ventaja se establece (1). Si el predio dominante se transmite por vía de herencia á varios propietarios los cuales lo poseen indivisamente, el número de los herederos en nada cambiará el uso de la servidumbre. Aquí se aplica el principio de Dumoulin. De que haya varios propietarios en lugar de uno, esto no modifica las necesidades del predio dominante; luego el volumen de agua seguirá siendo el mismo, y no variará la cantidad de la marga. Y si el título no se explica sobre este punto, y si las partes no se ponen de acuerdo, habrá lugar á intervención del juez, el cual arreglará el ejercicio de la servidumbre, sin tener en cuenta el número de los propietarios, y considerando únicamente las necesidades del predio (2).

282. Queda en pie una dificultad: ¿cómo ejercerá cada uno de los co-proprietarios la servidumbre, mientras dura la indivisión? Si la servidumbre es indivisible, ni siquiera

1 Dumoulin, "De dividuo et individuo," pars 3^a, núm. 291.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, p. 346, núm. 362. Demolombe, t. 12, p. 384, núm. 860.

hay cuestió. No se pasa por una tercera ó una cuarta parte; luego por el hecho solo de que cada uno de los copropietarios tiene derecho al paso, puede usarlo en su totalidad, y aun le sería imposible ejercerlo por una parte. ¿Pero qué debe resolverse si la servidumbre es divisible? Dumoulin mantiene el principio: no hay más que una sola servidumbre, que se debe á un solo predio, este predio lo poseen pro-indiviso varios copropietarios, lo que da á cada uno el derecho de usar de todo el predio, luego también de toda la servidumbre, salvo que los copropietarios se arreglen entre sí para el ejercicio de la servidumbre. Ninguna duda hay acerca de este punto; así, pues, es inútil insistir (1).

283. Pasemos á la hipótesis en que el predio indiviso está sujeto á partición. Esto equivale, dicen los jurisconsultos romanos, á que desde el principio hubiese habido varios predios dominantes. En efecto, como la servidumbre se debe á cada porción del predio, cada porción se convierte en un predio dominante. ¿No es esto agravar la servidumbre? Mi heredad no debía servidumbre más que á un predio, ¿y ahora la debe á diez? La ley romana contesta: No, la condición del predio sirviente no se vuelve más onerosa, y aun en ciertos conceptos se hace más favorable (2). Esta última decisión parece singular, se explica por los principios que rigen la extinción de las servidumbres. Así como hay tantos predios dominantes como porciones, hay también otras tantas servidumbres, de donde se sigue que cada una de ellas podrá extinguirse; en este sentido la condición del predio sirviente será mejor, puesto que este predio podrá libertarse de una parte de la carga con que está gravado.

1 Demolombe, t. 12, p. 386, núm. 861. Demante, t. 2^o, p. 633, número 556 bis, 4^o.

2 Lib. 6, pfo. 1^o, D., "si servindic" (8^o, 5).

El código civil consagra esta doctrina. Si la heredad dominante está dividida, dice el art. 700, la servidumbre sigue debiéndose por cada porción; el artículo agrega: sin que por esto se agrave la condición del predio sometido. ¿Cómo puede ser esto? Si la servidumbre es indivisible, se aplica el art. 700; si se trata de un derecho de paso, todos los propietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo punto. Cierto es que el paso será más frecuente; pero como acabamos de decirlo, este hecho no se considera como una agravación de la servidumbre. Si la servidumbre es divisible, cada uno de los propietarios la ejercerá en la proporción de su derecho hereditario; esto no es más que la consecuencia lógica de la partición y de la divisibilidad del derecho, porque cada uno de los co-participes toma con su calidad la porción del predio que le toca en suerte, luego con su parte en el beneficio de la servidumbre, salvo á los herederos el convenir en otra manera de repartir el uso de la servidumbre; en todo caso el propietario del predio sirviente carece de interés para oponerse á esa división, porque la carga que grava su predio sigue siendo la misma. Si el título no fija la cantidad ó la medida en que tiene derecho el predio dominante, habrá lugar á la intervención del juez, como decía Dumoulin, á fin de impedir que la suma reunida de las necesidades particulares, ó por mejor decir, de las pretensiones particulares no sobrepase las necesidades del predio único, tales como eran antes de la partición; de lo contrario, habrá agravación de la condición del predio sometido; ahora bien, la ley no quiere que se agrave la servidumbre y también los principios se oponen á ello (1).

Núm. 2. División del predio sirviente.

284. El código no habla de la división del predio sir-
1 Domante, t. 2º, p. 652, núm. 556 bis, 2º y 556 bis, 3º.

viente. Puede también estar dividido, sea á causa de la venta, sea á causa de la herencia. ¿Cuál será la influencia de esta división en la servidumbre? Si la heredad sometida es poseída indivisamente por varios herederos, nada absolutamente hay de cambiado en la carga que la agrava, ni en cuanto al derecho del dueño de la heredad dominante. El predio sirviente sigue siendo el mismo, y por consiguiente, también la servidumbre se ejercerá durante la indivisión como se ejercía cuando el predio pertenecía á un solo propietario.

No sucede lo mismo cuando el predio sirviente está dividido. Se presenta una primera cuestión. La parte del predio por donde se ejerce la servidumbre se pone en el lote de uno de los herederos: ¿las restantes porciones del predio estarán libertadas de la servidumbre? Supónese que la servidumbre no está limitada á la parte del predio por la cual se practica; si esta parte es la sola gravada, entonces no hay cuestión. Más si todo el predio es gravado, seguirá estándolo, hasta las porciones por las cuales no se ejercía la servidumbre, porque una cosa es el ejercicio de la servidumbre y otra el derecho. Así, pues, el derecho subsistirá en todas las porciones del predio. ¿Pero de qué manera se ejercerá?

Debe aplicarse, por analogía, al predio sirviente lo que la ley dice de la división del predio dominante. La división de la heredad sometida no puede agravar la condición de este predio. Luego si se trata de una servidumbre de paso, continuará ejerciéndose por el mismo punto. De esto podrá resultar que la servidumbre no se ejercerá sobre algunas porciones del predio que han venido á ser heredades separadas. La consecuencia de esto será que la servidumbre se extinguirá por falta de uso después de treinta años, salvo el que el propietario del predio dominante conserve su derecho por la interpretación de la prescrip-

ción. En efecto, la división del predio sirviente tiene el mismo resultado que la del predio dominante; habrá varios predios sirvientes, es decir, varias servidumbres distintas, y por consiguiente, cada una de ellas puede extinguirse. Si la servidumbre es divisible, cada una de las porciones del predio sirviente quedará gravada con el derecho en la proporción del derecho de los co-participes. Se aplican los principios generales que rigen la partición. Déjase entender que, en esta hipótesis, la servidumbre se extinguirá si no se ejerce durante treinta años en uno de los predios divididos (1).

§ VI.—DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LAS SERVIDUMBRES.

285. El código no habla de las acciones á que dan lugar las servidumbres, como tampoco habla de la acción que nace de la propiedad. Abandona esta materia á la doctrina. Hay, pues, que remontarse á la tradición. Pothier distingue dos acciones concernientes á las servidumbres, la *confesoria* y la *negatoria*; los términos tanto como los principios vienen del derecho romano. La acción "confesoria," dice Pothier, es una acción real por cuyo medio aquél á quien pertenece un derecho de servidumbre en alguna heredad concluye contra quien lo perturba en el uso de esa servidumbre, en que se le declare sujeto á ese derecho y en que se prohíba al demandado que lo perturbe. La acción *negatoria* es también una acción real que el propietario de una heredad intenta contra el que sin derecho se atribuye en ella alguna servidumbre, y concluye en que su heredad sea declarada libre de tal servidumbre, y que se prohíba al demandado que la use (2).

286. Estas dos acciones son concernientes al derecho y

1 Demolombe, t. 12, p. 423, núms. 907 y 910.

2 Pothier, "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 11.

son análogas á la acción de reivindicación. Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias. El que es propietario puede promover en lo petitorio conforme al derecho común, cuando se ve perturbado en el ejercicio de su derecho por el vecino que ejerce una servidumbre sobre su predio. Del mismo modo el que por espacio de un año ejerce pacíficamente una servidumbre puede hacerse mantener en posesión de ese derecho. Esto no es más que la aplicación del derecho común. Los inmuebles incorpóreos tanto como los corpóreos son susceptibles de posesión; luego el poseedor puede invocar el art. 23 del código de procedimientos que concede las acciones posesorias á todos los que por un año al menos están en pacífica posesión. La ley agrega: *á título no precario*. Esta condición es esencial; la posesión precaria no es una posesión, luego no puede ser protegida por las acciones posesorias. Síguese de aquí que las servidumbres discontinuas no dan lugar á una acción posesoria; el código no permite que se adquieran por la posesión de treinta años, porque la posesión de estas servidumbres es precaria por su esencia; por lo mismo no pueden dar lugar á acciones posesorias. Esto lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). Como la materia no entra en el objeto de nuestro trabajo, nos limitamos á asentar el principio.

287. Pothier dice que las acciones concernientes á las servidumbres son reales, porque nacen del derecho de propiedad ó del derecho de servidumbre, cuyos derechos son reales. Y como las servidumbres sólo existen sobre inmuebles, hay que añadir que son inmobiliarias las acciones á que dan lugar. Síguese de aquí que deben intentarse en el tribunal de la ubicación del inmueble que se preten-

1 Duranton, t. 5°, p. 633, núms. 632, 635. Demolombe, t. 12, páginas 459 y siguientes, núms. 939, 956, 956, y la jurisprudencia en Dalloz, "acción posesoria," núms. 445 y siguientes.

ción. En efecto, la división del predio sirviente tiene el mismo resultado que la del predio dominante; habrá varios predios sirvientes, es decir, varias servidumbres distintas, y por consiguiente, cada una de ellas puede extinguirse. Si la servidumbre es divisible, cada una de las porciones del predio sirviente quedará gravada con el derecho en la proporción del derecho de los co-participes. Se aplican los principios generales que rigen la partición. Déjase entender que, en esta hipótesis, la servidumbre se extinguirá si no se ejerce durante treinta años en uno de los predios divididos (1).

§ VI.—DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LAS SERVIDUMBRES.

285. El código no habla de las acciones á que dan lugar las servidumbres, como tampoco habla de la acción que nace de la propiedad. Abandona esta materia á la doctrina. Hay, pues, que remontarse á la tradición. Pothier distingue dos acciones concernientes á las servidumbres, la *confesoria* y la *negatoria*; los términos tanto como los principios vienen del derecho romano. La acción "confesoria," dice Pothier, es una acción real por cuyo medio aquél á quien pertenece un derecho de servidumbre en alguna heredad concluye contra quien lo perturba en el uso de esa servidumbre, en que se le declare sujeto á ese derecho y en que se prohíba al demandado que lo perturbe. La acción *negatoria* es también una acción real que el propietario de una heredad intenta contra el que sin derecho se atribuye en ella alguna servidumbre, y concluye en que su heredad sea declarada libre de tal servidumbre, y que se prohíba al demandado que la use (2).

286. Estas dos acciones son concernientes al derecho y

1 Demolombe, t. 12, p. 423, núms. 907 y 910.

2 Pothier, "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 11.

son análogas á la acción de reivindicación. Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias. El que es propietario puede promover en lo petitorio conforme al derecho común, cuando se ve perturbado en el ejercicio de su derecho por el vecino que ejerce una servidumbre sobre su predio. Del mismo modo el que por espacio de un año ejerce pacíficamente una servidumbre puede hacerse mantener en posesión de ese derecho. Esto no es más que la aplicación del derecho común. Los inmuebles incorpóreos tanto como los corpóreos son susceptibles de posesión; luego el poseedor puede invocar el art. 23 del código de procedimientos que concede las acciones posesorias á todos los que por un año al menos están en pacífica posesión. La ley agrega: *á título no precario*. Esta condición es esencial; la posesión precaria no es una posesión, luego no puede ser protegida por las acciones posesorias. Síguese de aquí que las servidumbres discontinuas no dan lugar á una acción posesoria; el código no permite que se adquieran por la posesión de treinta años, porque la posesión de estas servidumbres es precaria por su esencia; por lo mismo no pueden dar lugar á acciones posesorias. Esto lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). Como la materia no entra en el objeto de nuestro trabajo, nos limitamos á asentar el principio.

287. Pothier dice que las acciones concernientes á las servidumbres son reales, porque nacen del derecho de propiedad ó del derecho de servidumbre, cuyos derechos son reales. Y como las servidumbres sólo existen sobre inmuebles, hay que añadir que son inmobiliarias las acciones á que dan lugar. Síguese de aquí que deben intentarse en el tribunal de la ubicación del inmueble que se preten-

1 Duranton, t. 5°, p. 633, núms. 632, 635. Demolombe, t. 12, páginas 459 y siguientes, núms. 939, 956, 956, y la jurisprudencia en Dalloz, "acción posesoria," núms. 445 y siguientes.

de está gravado con una servidumbre, ó libre de todo gravamen (Código de Procedimientos, art. 59). Las acciones que nacen de un derecho real no pueden interesarles sino el que tiene dicho derecho real, es decir, el propietario del predio al cual se debe la servidumbre, ó que se pretende libre de este gravamen: en ambos casos, el predio es objeto de la cuestión, y el propietario es el único que tiene derecho á hablar á nombre del predio (1). De esto no debe inferirse que el usufructuario no tiene las acciones concernientes á las servidumbres. En otra parte de esta obra hemos dicho que él tiene la posesión, luego también las acciones posesorias; él disfruta las servidumbres, luego tiene también las acciones que les son concernientes (2).

Se ha deducido de que la servidumbre es un derecho real que las acciones personales que nacen con motivo de su ejercicio toman un carácter de realidad. Este es un error, á nuestro juicio; remitimos á lo que se ha dicho antes (número 271).

288. La prueba hace surgir una cuestión acerca de la cual hay una controversia bastante viva. Es un principio elemental que la prueba incumbe al que demanda. ¿Quiere decir esto que él que sostiene que su predio está libre debe probar que el vecino no tiene derecho á la servidumbre que él ejerce? Decimos que él ejerce, porque para que haya lugar á debate, hay que suponer que el vecino está en posesión de la servidumbre. Coloquémonos en la hipótesis la más favorable al poseedor: él ha obtenido en lo posesorio un fallo que lo mantiene en posesión. El propietario que pretende que su predio es libre debe promover en lo petitorio; ¿debe probar la libertad de su predio? La jurisprudencia casi está unánime en favor del propietario; él nada

1 Gante, 24 de Junio de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 126).

2 Pardessus, t. 2º, p. 301, núm. 332. Demolombe, t. 12, p. 484, número 958. Sentencia de casación de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78).

tiene que probar, se dice, porque tiene en su favor la presunción de que la propiedad es libre; por otra parte, obligarlo á que pruebe la libertad de su predio, sería obligarlo á rendir una prueba negativa, puesto que debería probar que el vecino no tiene servidumbre en su heredad; ahora bien, la prueba de este hecho negativo es imposible (1). Los autores están divididos; los hay que son partidarios del poseedor, y que oponen á la presunción invocada por el propietario otra presunción que la destruye. Se presume que el poseedor es propietario, dicen ellos; luego se presume que el que está en posesión de la servidumbre tiene derecho á ésta, y por consiguiente, al propietario corresponde echar por tierra tal presunción, probando que la servidumbre no existe. Con mayor razón debe ser así cuando el poseedor ha ganado el pleito en lo posesorio, en este caso, es de derecho común que en lo petitorio el fardo de la prueba recaiga sobre el que perdió en lo posesorio, es decir, sobre el propietario que sostiene la libertad de su heredad (2).

No vacilamos en pronunciarnos por la opinión consagrada por la jurisprudencia. Pero no gustamos de las presunciones que por una y otra parte se invocan, ninguna está escrita en la ley, y ¿es posible tratar de una presunción legal sin ley? Esto es lo que los partidarios del propietario no dejan de oponer á los defensores del poseedor. Preguntan ellos que ¿en dónde se dice que se presume poseedor al propietario? La ley ni siquiera establece esta presunción á favor del que ha ganado en lo posesorio.

1 Vamos á citar las más recientes sentencias. Agen, 30 de Noviembre de 1832 (Daloz, 1853, 2, 23) y de 26 de Noviembre de 1837 (Daloz, 1858, 2, 27). Bruselas, 23 de Mayo de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 8). Fallo del tribunal de Gante de 26 de Febrero de 1855 "Belgica judicial", t. 13, p. 406). Compárese Demolombe, t. 12, p. 480, número 957.

2 Durantou, t. 5º, p. 639, núm. 46, y las autoridades citadas en Daloz, *Servidumbre*, núm. 1277.

Esto es muy cierto; ¿pero acaso no puede redargüirse el argumento en contra de la jurisprudencia? Al actor atañe probar el fundamento de su demanda; no queda dispensado de esta prueba sino cuando tiene una presunción en su favor: ¿y en dónde está la ley que establece la presunción que él invoca?

Nos parece que los principios generales son suficientes para hacer recaer la prueba sobre el que pretende tener derecho á una servidumbre, aun cuando estuviese en posesión. En este sentido es cómo se expresa Pothier: él dice: "En una y otra acción, es decir, en la negatoria tanto como en la confesoria, el que pretende tener un derecho de servidumbre es el que debe justificarlo, según la máxima: "Incumbit onus probandi ei qui dicit." Así es que Pothier se funda en los principios generales, sin distinguir si él que reclama la servidumbre está en posesión ó nó. Esto no tiene duda cuando el debate se trata directamente en lo petitorio. El propietario es actor. ¿Qué es lo que debe probar? Su derecho de propiedad; si él prueba que es propietario, prueba con esto solo que tiene un derecho absoluto en su cosa, exclusivo, un derecho en cuya virtud él puede repeler toda empresa que un vecino intente en su heredad. ¿Qué es lo que se opone al demandado? ¿Que posee una servidumbre? El propietario le contestará: "La posesión es un hecho; en presencia de mi propiedad, este hecho no es más que una usurpación á menos que pruebes que el hecho es el ejercicio de un derecho. Tú pretendes tener un derecho, es una excepción lo que tú me opones, y esta excepción te constituye en actor; prueba, pues, que tienes un derecho de servidumbre."

Dícese que el fallo recaído en lo posesorio invierte los papeles; que si no resulta de aquél una presunción de propiedad, al menos si resulta que el propietario será actor

en lo petitorio, lo que pone á su cargo la prueba. Sin duda que el propietario actor debe probar el fundamento de su demanda. ¿Pero que es lo que debe probar? Debe probar su derecho de propiedad. Su posición es, pues, exactamente la misma que si no hubiera habido debate en lo posesorio. Se objeta que esto equivale á anular el fallo que ha obtenido el poseedor. Nada de eso; porque si el propietario hubiera ganado en lo posesorio, ya no necesitaría promover en lo petitorio, mientras que ahora debe promover y rendir una prueba muy difícil, la de su derecho de propiedad. Se ve que en definitiva la cuestión se decide por los principios generales que rigen la prueba.

SECCION IV. — Cómo se extinguen las servidumbres.

§ I.—DEL CASO PREVISTO POR LOS ARTICULOS 703 y 704.

289. Según los términos del art. 703 "las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no es posible usar aquéllas." Esto puede suceder en dos casos: en primer lugar, cuando la servidumbre deja de tener utilidad para el predio dominante; en segundo lugar, cuando el ejercicio de la servidumbre se hace materialmente imposible. La primera hipótesis no permite duda alguna en teoría; lógicamente se desprende de la definición de la servidumbre. ¿Por qué razón permite la ley que se graven los predios con una carga que embaraza el derecho de propiedad y que, en este sentido, es perjudicial al interés general? El art. 637 contesta á nuestra pregunta: porque las servidumbres se establecen para utilidad y uso de otro predio cuyo valor acrecen. Si las servidumbres cesan de ser útiles á la heredad en cuyo provecho se habían establecido, si el propietario no puede ya sacar de ellas ningún uso, entonces dejan de tener razón de ser, y no serían más que un mal sin ninguna compensación de bien; es decir,

Esto es muy cierto; ¿pero acaso no puede redargüirse el argumento en contra de la jurisprudencia? Al actor atañe probar el fundamento de su demanda; no queda dispensado de esta prueba sino cuando tiene una presunción en su favor: ¿y en dónde está la ley que establece la presunción que él invoca?

Nos parece que los principios generales son suficientes para hacer recaer la prueba sobre el que pretende tener derecho á una servidumbre, aun cuando estuviese en posesión. En este sentido es cómo se expresa Pothier: él dice: "En una y otra acción, es decir, en la negatoria tanto como en la confesoria, el que pretende tener un derecho de servidumbre es el que debe justificarlo, según la máxima: "Incumbit onus probandi ei qui dicit." Así es que Pothier se funda en los principios generales, sin distinguir si él que reclama la servidumbre está en posesión ó nó. Esto no tiene duda cuando el debate se trata directamente en lo petitorio. El propietario es actor. ¿Qué es lo que debe probar? Su derecho de propiedad; si él prueba que es propietario, prueba con esto solo que tiene un derecho absoluto en su cosa, exclusivo, un derecho en cuya virtud él puede repeler toda empresa que un vecino intente en su heredad. ¿Qué es lo que se opondrá al demandado? ¿Que posee una servidumbre? El propietario le contestará: "La posesión es un hecho; en presencia de mi propiedad, este hecho no es más que una usurpación á menos que pruebes que el hecho es el ejercicio de un derecho. Tú pretendes tener un derecho, es una excepción lo que tú me opones, y esta excepción te constituye en actor; prueba, pues, que tienes un derecho de servidumbre."

Dícese que el fallo recaído en lo posesorio invierte los papeles; que si no resulta de aquél una presunción de propiedad, al menos si resulta que el propietario será actor

en lo petitorio, lo que pone á su cargo la prueba. Sin duda que el propietario actor debe probar el fundamento de su demanda. ¿Pero que es lo que debe probar? Debe probar su derecho de propiedad. Su posición es, pues, exactamente la misma que si no hubiera habido debate en lo posesorio. Se objeta que esto equivale á anular el fallo que ha obtenido el poseedor. Nada de eso; porque si el propietario hubiera ganado en lo posesorio, ya no necesitaría promover en lo petitorio, mientras que ahora debe promover y rendir una prueba muy difícil, la de su derecho de propiedad. Se ve que en definitiva la cuestión se decide por los principios generales que rigen la prueba.

SECCION IV. — Cómo se extinguen las servidumbres.

§ I.—DEL CASO PREVISTO POR LOS ARTICULOS 703 y 704.

289. Según los términos del art. 703 "las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no es posible usar aquéllas." Esto puede suceder en dos casos: en primer lugar, cuando la servidumbre deja de tener utilidad para el predio dominante; en segundo lugar, cuando el ejercicio de la servidumbre se hace materialmente imposible. La primera hipótesis no permite duda alguna en teoría; lógicamente se desprende de la definición de la servidumbre. ¿Por qué razón permite la ley que se graven los predios con una carga que embaraza el derecho de propiedad y que, en este sentido, es perjudicial al interés general? El art. 637 contesta á nuestra pregunta: porque las servidumbres se establecen para utilidad y uso de otro predio cuyo valor acrecen. Si las servidumbres cesan de ser útiles á la heredad en cuyo provecho se habían establecido, si el propietario no puede ya sacar de ellas ningún uso, entonces dejan de tener razón de ser, y no serían más que un mal sin ninguna compensación de bien; es decir,

que debén cesar. Pero también, en tanto que las sêrvidumbres pueden procurar al predio dominante una ventaja, comodidad ó recreo, ellas subsisten. Los tribunales admiten con mucha dificultad la casación de las sêrvidumbres y á fe que con razón; ellas se establecen con una mente de perpetuidad, las más de las veces á título oneroso; luego debén mantenerse aun cuando dejen de presentar para el predio dominante la misma utilidad que tenían cuando se establecieron, con tal que conserven una razón de ser. Una sêrvidumbre de no edificar más alto está establecida entre dos heredades contiguas. Más tarde, abren una calle en una parte de los dos predios.

El propietario del predio sometido queriendo utilizar la pequeña porción de terreno que le queda, se vuelve adquirente de terrenos situados atrás y construye dos casas. Querrela del propietario de la heredad dominante: pide la demolición de las casas que cubren los terrenos gravados con la sêrvidumbre *altius non tollendi*. El vecino contesta que esta sêrvidumbre ha dejado de tener razón de ser. ¿Es acaso el aire y la luz lo que reclama el propietario del predio dominante? La calle le da ambas cosas. ¿qué más desea? No se estipula la sêrvidumbre *altius non tollendi*, allí en donde existe una calle que separe las dos heredades, á menos que se quiera asegurar la belleza de la perspectiva; ahora bien, en el caso de que se está tratando, el propietario no puede gozar de la vista. En vano se destruiría una parte de las casas, seguiría subsistiendo la parte de las construcciones sobre un terreno libre. Ciertamente que en esto había motivos para dudar, los cuales dominaron á la corte de Lyon, pero su sentencia fué casada, y debía serlo. Aunque menos útil que en un principio, la sêrvidumbre conservaba una utilidad del predio dominante; esto es decisivo (1).

1 Sentencia de casación de 7 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 1,

290. La sêrvidumbre cesa también cuando su uso se hace imposible materialmente. Esto supone cambios en el estado de los dos predios ó en el de uno de ellos: "cuando, dice el art. 703, las cosas se hallan en tal estado que ya no puede usarse la sêrvidumbre." Es raro que esta imposibilidad exista para los predios rústicos. Ya va para mil años que se citan los mismos ejemplos, y éstos han quedado como hipótesis que la práctica ignora: ¿cuándo ha sucedido que la fuerza del agua se haya llevado el predio dominante ó el sirviente? ¿cuándo ha sucedido que quedara exhausto el manantial gravado con la sêrvidumbre? Cuando se trata de predios edificados, el principio es de una aplicación bastante frecuente, como lo manifiestan los monumentos de la jurisprudencia. Antes que todo hay que precisar la hipótesis prevista por el art. 703.

La ley supone cambios en el estado de los lugares, innovaciones que imposibiliten el ejercicio de la sêrvidumbre. Esto no presenta dificultad cuando el cambio proviene de un accidente de la naturaleza. El fuego del cielo es lo que ha destruido al predio sirviente: el propietario del dominante ninguna acción tiene contra la naturaleza, y ninguna contra el propietario de la heredad sometida, luego carece de derecho; en este sentido su derecho cesa. Sucedería lo mismo si el cambio fuera obra de un tercero que tuviese el derecho de hacer lo que ha hecho. Yo tengo una sêrvidumbre de toma de agua en un manantial; algunas excavaciones emprendidas en un predio superior hacen que se agote el manantial. Mi derecho cesa, y no tengo acción ni contra el propietario del predio gravado con la sêrvidumbre, ni contra el que ha hecho que se ciegue el manantial; luego estoy desprovisto de todo derecho. Pero si el propietario del predio sirviente ó un ter-

155). En el mismo sentido, Paris, 11 de Noviembre de 1833 (Daloz, "cosa juzgada," núm. 173, 2°).

ceros, sin derecho, es el que ha operado los cambios, yo tengo una acción contra ellos para que restablezcan el estado de los lugares; luego no puede decirse que mi derecho cesa; sólo cesaría si yo permaneciera treinta años sin usarlo; en este caso, la servidumbre se extinguiría, pero no en virtud del art. 703, sino en virtud del 706, por la falta de uso durante treinta años. El cambio puede, además, ser obra del propietario de la heredad dominante; ¿se puede en este caso decir que su derecho cesa porque ya no puede usarlo? No, porque de él depende restablecer los lugares; luego por su voluntad es por lo que no usa de la servidumbre; si continúa treinta años no usándola, su derecho se extinguiría, siempre en virtud del art. 706 (1).

291. El art. 704 dice que las servidumbres reviven si se establecen las cosas de modo que puedan usarse. No hay que tomar la palabra "reviven" al pie de la letra. Las servidumbres que se extinguen definitivamente no reviven. Si el cambio únicamente ha impedido que el propietario del predio dominante ejerza temporalmente la servidumbre, hay un simple obstáculo para el ejercicio del derecho; pero un derecho cesa por encontrarse frente a un obstáculo; desde el momento en que desaparece el obstáculo, el derecho recobra su curso, y no revive, porque jamás ha dejado de existir. Yo tengo una toma de agua en un estanque; se deseca el estanque en virtud de una ley que ordena la desecación de los pantanos. Esta ley se retira y el estanque se restablece. Mi derecho revive (2). ¿Acaso había cesado de existir? Como tampoco cuando un manantial cesa de correr en estío y recobra su curso en otoño.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 191 y notas 3 y 4. Sentencia de denegada apelación de 16 de Abril de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, número 1172, 2º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, 1197). Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 248, núm. 363.

¿Cuál es la condición que se requiere para que la servidumbre reviva? Acerca de este punto hay alguna dificultad. Los ejemplos que acabamos de dar suponen que no había más que un simple obstáculo para el ejercicio del derecho, y un obstáculo no es una causa de extinción, pero puede haber más que un obstáculo; el predio sirviente ó el dominante pueden ser destruidos; ¿esta destrucción pone término á la servidumbre? ¿Si la casa que debe la servidumbre ó que disfruta de ella queda demolida, no debe decirse [que la servidumbre está extinta? El código así lo resuelve en materia de usufructo; el usufructo establecido sobre un edificio se extingue si éste se destruye (art. 624) y no revive si se reconstruye el edificio. No pasa lo mismo con las servidumbres reales. Ya hemos dado la razón: las servidumbres reales son más favorables que el usufructo. Así, pues, por una especie de favor es por lo que la ley hace que revivan las servidumbres. Aquí vuelve á presentarse nuestra pregunta: ¿con qué condiciones reviven? ¿es preciso que se restablezca idénticamente el estado de cosas de donde resultaba la servidumbre? El art. 704 me lo exige: "las servidumbres, dice el artículo, reviven si las cosas se restablecen de suerte que puedan usarse aquéllas." Cuando se trata del predio sirviente no hay otra condición. Esto está en armonía con los principios que rigen las servidumbres. Ellas nada tienen de inmutable, porque siendo cambiante la explotación de los predios, las servidumbres deben también cambiar en su modo de ejercicio. La ley permite estos cambios dentro de ciertos límites. Si es que se restablece el predio dominante, se necesita agregar una condición que resulta del art. 702, y es que el propietario de este predio jamás puede hacer cambio que agrave le condición del predio sometido.

292. Tal es el principio; vamos ahora á ver su aplica-

ción en los casos que se han presentado ante los tribunales. Una toma de agua se ejercía mediante una compuerta y un canal que llevaba el agua al prado en cuyo provecho estaba establecida la servidumbre. La compuerta fué destruida por una crecida extraordinaria del río; durante largos años la servidumbre dejó de ejercerse, porque el agua no llegaba ya al canal. Habiendo el propietario del predio sirviente construido una compuerta en otra parte del predio, el propietario del predio quiso usar de nuevo de la toma de agua. El tribunal de primera instancia desechó sus pretensiones, pareciéndole que la servidumbre no era ya la misma, porque había otra compuerta, otro canal y otra heredad. Esta decisión fué reformada por la corte de Riom. Intentado recurso, la sentencia fué mantenida; la corte de casación asentó los verdaderos principios. No es exacto pretender que las cosas, dijo ella, deban restablecerse á su estado primitivo, y que todo cambio en el modo de ejercer la servidumbre sea un obstáculo para su restablecimiento. La ley no exige que haya identidad, por lo que establecer tal condición equivale á aumentar la prescripción de la ley (1).

Existía una servidumbre de vista en provecho de edificios que fueron destruidos en un incendio. Reconstruyéronlos, pero en menos proporciones, de suerte que también hubo cambio en las luces, las nuevas eran menos numerosas y dispuestas de modo diferente que las antiguas. El propietario del predio sirviente pidió la supresión de las luces y ganó el pleito en el tribunal de primera instancia; cuando el modo de ejercicio de una servidumbre está determinado sea por el título, sea por la posesión, dice el fallo, ya no puede cambiarse sino con el consentimiento de las partes. Esta decisión fué reformada por la corte de

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 1, 273).

Rouen; las diligencias prueban que la nueva servidumbre era menos onerosa que la antigua; ¿de qué se quejaban entonces? Las servidumbres no son inmutables; el art. 702 no prohíbe que se opere ningún cambio en el estado de los sitios y únicamente prohíbe las innovaciones que agraven la condición del predio sometido. A recurso de casación, la corte mantuvo la sentencia: el propietario del predio sirviente, dijo la corte, no puede quejarse de un estado de cosas que ha puesto mejor su situación (1).

Una servidumbre de no construir existía en provecho de un palacio rodeado de jardines, con el fin evidente de procurar al predio dominante un aspecto libre; el gravamen estaba en armonía con la magnificencia de la habitación. En nuestros días los palacios van desapareciendo para ceder lugar á construcciones más modestas. Esto fué lo que pasó con el palacio en cuestión, se apoderó de él la especulación, fué demolido y nuevas construcciones se levantaron en el predio dominante. ¿No era llegado el caso de decir que la servidumbre establecida para dar el aire, la luz, el sol, la vista á una mansión señorial estaba extinguida con la destrucción del palacio y la transformación de los jardines? No, dice la corte de Orleans, que conoció del asunto después de una sentencia de casación: la servidumbre no se había estipulado para una construcción particular y por todo el tiempo que ésta subsiste; perpetua por su naturaleza, la servidumbre se identifica de tal suerte con el predio, que se la considera como una calidad de éste; la servidumbre no se había establecido en provecho del palacio y de los jardines, sino en interés del predio (2). Después de todo, ¿las casas burguesas que reemplazaron la habitación del señor no tenían derecho al aire y al sol, tanto como los palacios de la aristocracia?

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Junio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 471).

2 Orleans. 1.º de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 21).

293. La jurisprudencia que acabamos de analizar nos lleva á una importante consecuencia. Se asienta á veces como regla que la servidumbre debe limitarse á las necesidades del predio dominante, y se estiman estas necesidades según el estado de las cosas que existían al establecerse la servidumbre. Nosotros hemos combatido ese principio (núm. 262); la jurisprudencia confirma nuestra opinión. Si se admitiera la doctrina de Pumoulin, habría que inferir que cesando las necesidades, en vista de las cuales se estipuló la servidumbre, ésta vendría también á cesar. Esto es contrario á la esencia de la servidumbre, ella se constituye no en vista de las necesidades pasajeras del propietario actual, sino para la utilidad permanente del predio, utilidad que puede variar y que necesariamente varía según los gustos y la profesión de los que sucesivamente ocupan la heredad. Un cervecero estipula una toma de agua para su fábrica. ¿Se extinguirá la servidumbre si la cervecería se reemplaza con una explotación agrícola? No, á menos que la servidumbre se haya limitado á un uso determinado; pero semejante limitación no puede admitirse fácilmente, porque es contraria á la perpetuidad de las servidumbres. La servidumbre se ha establecido en provecho del fundo, por lo que subsistirá aun cuando deje de haber allí cervecería. Así fué fallado por la corte de Lieja (1).

La corte de casación ha hecho una notable aplicación de este principio. Se establece una toma de agua sobre un río. El lecho de éste baja de nivel, sin que la sentencia nos diga la causa. He aquí imposibilitado el ejercicio de la servidumbre; pero á pocos metros río arriba, hay un sitio en donde puede efectuarse la toma de agua, porque ésta casi está al nivel de la calzada del predio dominante. La corte de la reunión falló que se establecería en aquel

1 22 de Mayo de 1869 (*Fasicrisia*, 1871, 2, 8).

sitio una nueva toma de agua. ¿No equivalía esto á crear una servidumbre nueva? Así lo sostuvo el actor en casación. Pero la corte resolvió que la ley no se oponía á un cambio en el ejercicio de la servidumbre, con tal que esta modificación no causase daño al predio sirviente. La servidumbre seguía siendo la misma, ciertamente; siempre era la misma toma de agua, ejercida en el mismo río; lo único cambiado era el sitio del predio sirviente en donde se haría la toma de agua; y constaba á todos, que tal cambio no agravaba la carga del predio sirviente, esto era decisivo (1).

294. El art. 704, después de haber dicho que las servidumbres reviven si las cosas se restablecen de suerte que aquellas se puedan usar, agrega esta restricción: "á menos que haya transcurrido ya un espacio de tiempo suficiente para que se presuma la extinción de la servidumbre, así como se dice en el art. 707." Esta disposición ha dado margen á vivas controversias, y realmente hay serias dificultades. El art. 707, al cual remite el 704, no establece un modo de extinción de las servidumbres, no hace más que arreglar la aplicación del principio asentado por el art. 706, por cuyos términos "la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años." Una cosa sí es cierta, y es que al remitir el art. 707, el art. 704 remite implícitamente al 706. El sentido del art. 704 sería, pues, éste: la servidumbre no revive si han pasado treinta años desde que las cosas se hallan en tal estado que no puede usarse la servidumbre. Lo que equivale á decir que la servidumbre se extingue por falta de uso durante treinta años. En definitiva, el art. 704, interpretado de esa suerte, no hace más que aplicar el principio de la falta de uso al caso en que éste es imposible.

1 Sentencia de casación, de 11 de Diciembre de 1861, (*Dalloz*, 1862, 1, 79).

295. Se objeta que el art. 704 interpretado de ese modo es inútil, ¿para qué, dicen, repetir en el art. 704 lo que está escrito en el art. 706? Se ha ensayado el dar otro significado al art. 704. Vamos á ver sucesivamente las diversas interpretaciones que se han propuesto, examinado á la vez las dificultades que presenta esta disposición. Hay una primera interpretación que precisamente se refiere á la objeción que se hace á la explicación literal de los textos que acabamos de dar. Los arts. 703 y 704 suponen que en el estado de los sitios se ha operado un cambio que momentáneamente hace imposible el uso de la servidumbre. Si esta imposibilidad dura treinta años ¿se extinguirá la servidumbre? Esta consecuencia resulta de la interpretación literal de la ley; es inadmisibles, dicen, y habla en contra del principio de donde se deriva. Se concibe que la servidumbre se extinga por falta de uso, cuando del propietario del predio dominante depende usarla ó no usarla; si no la usa por el plazo más largo requerido para la prescripción extintiva, es porque renuncia á su derecho. Pero esta presunción de renuncia no tiene sentido cuando aquél á quien se debe la servidumbre ha estado en la imposibilidad material de usarla: ¿hay que preguntar si se renuncia á un derecho de no ejercerlo; cuando se halla uno en la imposibilidad de ejercerlo? Es llegado el caso de aplicar el principio de que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. El texto mismo del art. 704 confirma esta interpretación, agrégase: la ley no dice que la servidumbre se extinga, sino que se *presume* la extinción, lo que implica que no hay más que una presunción de renuncia, presunción que el propietario del predio dominante desvanece al probar que si él no ha usado de su derecho, es porque había un obstáculo material que se lo impedía, lo que excluye todo pensamiento de renuncia. La tradición presta una gran fuerza á esta opinión: Domat, dice,

“formalmente” que no debe correr la prescripción contra quien no puede usar de la servidumbre (1).

Nosotros no podemos admitir esa interpretación porque está en oposición con los textos y con los principios. No es exacto decir que el art. 704 no establezca más que una presunción de extinción. No conocemos presunta prescripción. En cierto sentido, puede decirse que la prescripción descansa en una presunción de renuncia, pero esta presunción no admite prueba contraria, porque la prescripción es de interés público. Ahora bien, no puede dudarse de que se trate en los arts. 704 y 706 de la prescripción extintiva; de ello tenemos una prueba en el artículo 665 que no hace más que aplicar el principio establecido por el art. 704. Lo vamos á transcribir porque hace gran papel en el debate que estamos tocando por encima: “Cuando se reconstruye una pared medianera ó una casa, continúan las servidumbres activas y pasivas respecto á la nueva pared ó á la nueva cosa, sin que, no obstante, puedan ellas agravarse, y con tal que la reconstrucción se haga “antes de que la prescripción esté adquirida.” Luego hay prescripción. Se invoca contra la aplicación de la prescripción la imposibilidad en que se hallaba el propietario del predio dominante para usar de la servidumbre, y se agrega que la prescripción no corre contra el que no puede obrar. Este, en efecto, es un motivo para dudar, pero dirijase al legislador y no al intérprete, porque el legislador para nada tuvo en cuenta dichos motivos. Para el intérprete la cuestión es sencillísima. ¿Existe un texto que decida en términos absolutos que la prescripción no corre contra el que no puede obrar? Nó; lue-

1 Domat, “Leyes civiles,” lib. I, título XII, sección VI, núm. 1, Toullier, t. 2º, p. 321, núms. 690 y siguientes. Marcadé, art. 703, número 2, t. 12, p. 625. Zacharia, traducción de Massé y Vergé, t. 2º, p. 208, nota 2. Compárese sentencia de la corte de casación de Bélgica de 7 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1; 111).

go quedamos bajo el imperio de la regla general consagrada por el art. 2251. "La prescripción corre contra toda persona, á menos que esté comprendida en alguna excepción establecida por una ley." ¿Y en el título de las "Servidumbres," hay una excepción en provecho del que no puede usar su derecho? Por el contrario, hay dos disposiciones, el art. 704 y el 605 que aplican el principio en todo su rigor. Si el legislador ha sido demasiado riguroso, eso es asunto suyo y no del intérprete. A nuestro juicio, el rigor es más aparente que real. La ley no sacrifica los derechos de la heredad dominante; si el estado de los sitios no le permite usar la servidumbre, nada le impide que pida un reconocimiento de su derecho, lo que interrumpirá la prescripción, y si necesario fuere puede promover la declaración de servidumbre. Luego tiene un medio de conservar su derecho. Si nada hace para conservarlo, con toda equidad puede aplicársele la presunción de que renuncia á su derecho (1).

Ahora se comprenderá la necesidad del art. 704. Es un error creer que es inútil (2). Los autores del código tenían á la vista la opinión de Domat, su guía habitual, ellos no la aceptaban, por lo mismo debían decirlo en términos claros y precisos; de lo contrario, se habría podido prevalerse de la tradición para sostener que había que distinguir la falta de uso que implica renuncia, y la imposibilidad de usar que no supone la voluntad de renunciar. Esta voluntad del legislador de desechar la doctrina de Domat explica también la singular redacción del art. 704. En lugar de decir: "á menos que haya transcurrido un espacio de tiempo suficiente para que se presuma la extinción de la

1 Demolombe, t. 12, p. 509, núm. 979. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 249, núm. 364. Aubry y Rau, t. 3°, p. 102 y nota 7. Compárese sentencia de Lieja de 22 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 7).

2 Demolombe lo cree, (t. 12, p. 513, núm. 979).

servidumbre, así como se dice en el atr. 707," ¿no era más sencillo decir, como lo hace el art. 665: "á menos que se adquiriera la prescripción?" El legislador ha querido marcar que mantenía la presunción de renuncia en la cual se funda la extinción de las servidumbres por la falta de uso, á pesar de las especiosísimas objeciones de Domat.

296. Acabamos de decir que el *espacio de tiempo* de que habla el art. 704 es una prescripción. Esto también se debate; pero, en realidad, no hay la menor duda; si buenos ingenios no hubieran sostenido, la opinión contraria no valdría la pena detenerse en esto un solo momento. Se pretende que el plazo de treinta años, en el caso del art. 704, es uno de esos plazos prefijados que no pueden prolongarse, aun cuando hubiese causas para suspender la prescripción (1). En el título de la *Prescripción*, insistiremos acerca de esta teoría de los plazos prefijados que ningún texto consagra. En el caso de que estamos tratando, hay dos textos contrarios y decisivos. El art. 704 remite al 707, é implícitamente al 706. ¿El plazo de treinta años del art. 706 es una prescripción ó un plazo prefijado? ¿Y si este plazo es una prescripción, como se conciliaría que, en el caso del artículo 704, este mismo plazo fuese prefijo, cuando dicho artículo no es más que la aplicación del art. 706? Viene en seguida el art. 665 que prevee una hipótesis idéntica á la del art. 704, y allí, la ley dice formalmente que se trata de una prescripción. Así es que no habría prescripción en el art. 704 que asienta el principio, y si la habría en el caso del art. 665 que no hace más que aplicar el principio! Esto en verdad, es abusar del derecho de debatir! Existen, no obstante, en teoría, algunas objeciones plausibles. Cuando se trata de no-uso (art. 706), se concibe, dicen, que la prescripción no corra contra los menores y contra dos los que no pueden obrar, porque la extinción se fun-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 248, núm. 363.

da en una presunción de renuncia; ahora bien, el menor no puede renunciar. Mientras que en el caso del art. 704, un obstáculo material es lo que opone al ejercicio de la servidumbre; este obstáculo es el mismo para todos, menores ó mayores. De antemano hemos contestado nosotros al argumento; hay también en el art. 704 una presunción de renuncia, supuesto que el propietario que tiene impedimento para ejercer la servidumbre puede, no obstante, interrumpir la prescripción; en este sentido, si puede obrar, pero para obrar necesita ser mayor, y por lo tanto, el plazo no debe correr contra los menores.

No estamos hablando de los inconvenientes que se señalan, de la prescripción que se prolonga indefinidamente á causa de la suspensión. Los inconvenientes son de la incumbencia del legislador: á nuestro juicio, ha hecho bien en no tenerlos en cuenta; el mayor de todos los inconvenientes sería privar á un propietario de su derecho, cuando en razón de su incapacidad no puede conservarlo. Hay un último argumento del cual tenemos que decir una palabra, aun cuando no sea sino para patentizar cómo se abusa de los trabajos preparatorios. El proyecto de código civil, se dice, no aceptaba más que un plazo de diez años en el art. 704, bien que estableciera un plazo de treinta años para el no-uso. ¿Y qué es lo que esto prueba? ¿Que el plazo de diez años no era una prescripción, sino un plazo prefijado? Esto es lo que se debía probar primeramente. Y cuando se hubiera rendido esta prueba, todavía se podía contestar, y sería perentoria la respuesta, que las autores del código han desechado el sistema del proyecto y que han asimilado las dos hipótesis, la falta de uso y la de la imposibilidad de usar la servidumbre (1).

1 Esta es la opinión general. Véase Demolombe, t. 12, p. 506 número 977; Aubry y Rau, t. 2º, p. 503 y nota 9. Demante, t. 2º, p. 638 número 562 bis, 4º.

297. El art. 704 presenta otra dificultad, la única que, á nuestro juicio, sea seria. Remite al art. 707, el cual determina de qué manera se calcula el plazo de treinta años, distinguiendo entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Cuando se trata de una servidumbre discontinua, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutar, y corren desde el día en que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre, cuando se trata de servidumbres discontinuas. ¿Debe aplicarse esta distinción al caso previsto por el art. 704? A primera vista, sorprende que se haya planteado la cuestión. El código remite expresamente al art. 707; esta remisión debe tener un sentido, y deja de tenerlo si no se aplica la distinción que hace el art. 707 entre las servidumbres continuas y las discontinuas. Pero si se aplica se llega, en apariencia, á una consecuencia absurda. Una casa disfruta de una servidumbre de vista, y es destruida; pasan treinta años antes de reconstruirla; ¿se habrá extinguido la servidumbre? Nó, si toma uno en cuenta el artículo 707; porque se necesita un acto contrario á la servidumbre para que empiece á correr la prescripción; y acto contrario no lo hay en el caso que examinamos. ¿Qué resultará de esto? Que las servidumbres continuas no podrán extinguirse. En efecto, ¿es concebible que se efectúe un acto contrario á la servidumbre, cuando el cambio acaecido hace imposible el uso de la servidumbre? Lo que hay de absurdo en esta consecuencia es que las servidumbres discontinuas se extinguirán en el caso del art. 704, y que las continuas no se extinguirán. ¿Hay razón para esta diferencia? Ninguna; de lo que se concluye que la diferencia no debe existir. ¿Y qué viene á ser entonces de la remisión al art. 707? Se le borra, ó cosa por el estilo. Esto nos parece todavía más inadmisibile, porque es cambiar la ley, y el intérprete no tiene semejante derecho.

Así, pues, mantenemos la remisión, y por lo tanto, la distinción entre las servidumbres continuas y las discontinuas. En el ejemplo que hemos supuesto, puede suceder que construyendo se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista. Y si se estuviera en la imposibilidad de ejecutar un acto contrario, podría notificarse al propietario del predio dominante una prohibición de restablecer el estado de los sitios, ó una protesta cualquiera contra el restablecimiento de la servidumbre, lo que debe equivaler á un acto, supuesto que sería el único acto posible (1).

298. Queda una última cuestión: ¿empieza á correr la prescripción, si á pesar de los cambios que impiden usar la servidumbre, quedan vestigios de ella? El código no establece esta excepción, lo que, según nuestro parecer, es decisivo, porque no hay excepción sin texto. Se invoca la tradición. Ciertamente es que en el antiguo derecho se admitía que la posesión de la servidumbre se conservaba por los vestigios, y de esto se concluía que la prescripción no comenzaba á correr sino desde el día de su destrucción. Esto era una verdadera ficción, y ficción no la hay sin ley, y el código lejos de consagrarla, la rechaza implícitamente. El avanza el principio que la prescripción comienza á correr desde el día en que se cesa de disfrutar de la servidumbre, cuando se trata de una discontinua; y ¿se disfruta de una servidumbre de paso cuando quedan vestigios de un camino, y cuando ya no se pasa por éste? Si la servidumbre es continua, el art. 702 quiere que haya un acto contrario á la servidumbre para que la prescripción comience á contarse, ella correrá desde que exista tal acto contrario, que haya ó no vestigios. Es verdad que en la

1 Véase en sentido contrario, Demante, t. 2º, p. 659, núm. 562 bis, 5º. Demolombe, t. 12, p. 515, núm. 980. Aubry y Rau, t. 2º, p. 102, nota 6.

doctrina común, no se tiene en cuenta el art. 706; pero aun cuando nos colocáramos en el terreno de la opinión general, todavía entonces habría que repeler la ficción de los vestigios. El art. 703 dice que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; y no reviven, según el art. 704, si tal estado de cosas ha durado treinta años. Así, pues, la cuestión de los vestigios se reduce á esto: ¿se usa una servidumbre si de ella quedan algunos vestigios? ¿Una puerta practicada para ejercer el derecho de paso constituye un uso de la servidumbre, cuando realmente ya no se puede pasar, porque se ha suprimido el camino de tránsito? Ficción pura, y lo repetimos, no hay ficción sin texto. Yo tenía el derecho de apoyar mi viga contra tu pared, y la quito; el agujero subsiste, luego se conserva mi derecho, dicen. Nó, porque yo no uso de mi derecho, y hay que suponer, además, en el caso del art. 704, que el uso es imposible; ahora bien, ¿cómo se quiere que se tenga por ejercida una servidumbre cuando su uso es imposible? Ficciones siempre; y ficciones contrarias al texto (1).

§ II.—DE LA CONFUSION:

299. Según los términos del art. 705, “toda servidumbre se extingue cuando el predio al que se debe y el que la debe se reúnen en las mismas manos.” La servidumbre se extingue aun cuando continuara el servicio que uno de los predios presta al otro; á contar desde la reunión de los predios, se efectúa la servidumbre á título de propiedad, porque nadie puede tener servidumbre en su propia

1 Pardessus, t. 2º, p. 168, núm. 308. Demolombe, t. 12, p. 564, número 1012. Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 331, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 8, y los autores que citan, y t. 2º, p. 88, nota 28, y p. 89, nota 29.

Así, pues, mantenemos la remisión, y por lo tanto, la distinción entre las servidumbres continuas y las discontinuas. En el ejemplo que hemos supuesto, puede suceder que construyendo se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista. Y si se estuviera en la imposibilidad de ejecutar un acto contrario, podría notificarse al propietario del predio dominante una prohibición de restablecer el estado de los sitios, ó una protesta cualquiera contra el restablecimiento de la servidumbre, lo que debe equivaler á un acto, supuesto que sería el único acto posible (1).

298. Queda una última cuestión: ¿empieza á correr la prescripción, si á pesar de los cambios que impiden usar la servidumbre, quedan vestigios de ella? El código no establece esta excepción, lo que, según nuestro parecer, es decisivo, porque no hay excepción sin texto. Se invoca la tradición. Ciertamente es que en el antiguo derecho se admitía que la posesión de la servidumbre se conservaba por los vestigios, y de esto se concluía que la prescripción no comenzaba á correr sino desde el día de su destrucción. Esto era una verdadera ficción, y ficción no la hay sin ley, y el código lejos de consagrarla, la rechaza implícitamente. El avanza el principio que la prescripción comienza á correr desde el día en que se cesa de disfrutar de la servidumbre, cuando se trata de una discontinua; y ¿se disfruta de una servidumbre de paso cuando quedan vestigios de un camino, y cuando ya no se pasa por éste? Si la servidumbre es continua, el art. 702 quiere que haya un acto contrario á la servidumbre para que la prescripción comience á contarse, ella correrá desde que exista tal acto contrario, que haya ó no vestigios. Es verdad que en la

1 Véase en sentido contrario, Demante, t. 2º, p. 659, núm. 562 bis, 5º. Demolombe, t. 12, p. 515, núm. 980. Aubry y Rau, t. 2º, p. 102, nota 6.

doctrina común, no se tiene en cuenta el art. 706; pero aun cuando nos colocáramos en el terreno de la opinión general, todavía entonces habría que repeler la ficción de los vestigios. El art. 703 dice que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; y no reviven, según el art. 704, si tal estado de cosas ha durado treinta años. Así, pues, la cuestión de los vestigios se reduce á esto: ¿se usa una servidumbre si de ella quedan algunos vestigios? ¿Una puerta practicada para ejercer el derecho de paso constituye un uso de la servidumbre, cuando realmente ya no se puede pasar, porque se ha suprimido el camino de tránsito? Ficción pura, y lo repetimos, no hay ficción sin texto. Yo tenía el derecho de apoyar mi viga contra tu pared, y la quito; el agujero subsiste, luego se conserva mi derecho, dicen. Nó, porque yo no uso de mi derecho, y hay que suponer, además, en el caso del art. 704, que el uso es imposible; ahora bien, ¿cómo se quiere que se tenga por ejercida una servidumbre cuando su uso es imposible? Ficciones siempre; y ficciones contrarias al texto (1).

§ II.—DE LA CONFUSION:

299. Según los términos del art. 705, “toda servidumbre se extingue cuando el predio al que se debe y el que la debe se reúnen en las mismas manos.” La servidumbre se extingue aun cuando continuara el servicio que uno de los predios presta al otro; á contar desde la reunión de los predios, se efectúa la servidumbre á título de propiedad, porque nadie puede tener servidumbre en su propia

1 Pardessus, t. 2º, p. 168, núm. 308. Demolombe, t. 12, p. 564, número 1012. Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 331, nota. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 102 y nota 8, y los autores que citan, y t. 2º, p. 88, nota 28, y p. 89, nota 29.

cosa. Ya hemos tropezado con este modo de extinción de los derechos reales en el título del *Usufructo*, con el nombre de consolidación (t. VII, núms. 57-58). En materia de obligaciones hay también un modo de extinción que lleva el nombre de confusión. Hacemos constar la analogía, porque de ello resulta una consecuencia importante, y es que á los derechos reales debe aplicarse lo que diremos de los derechos de crédito. La confusión no es, propiamente hablando, un modo de extinción de un derecho. El que siendo acreedor se torna deudor del mismo crédito, ya no puede ejercer su derecho. ¿Por qué? ¿Acaso porque esté prestada la cosa ó el hecho que era el objeto de la obligación? No, sino porque es imposible ejercer la prestación. Luego no hay extinción de un derecho, sino imposibilidad de ejercitarlo. Otro tanto puede decirse de los derechos reales. El predio sirviente pasa á ser propiedad de aquél á cuyo predio se debe la servidumbre; el predio acreedor ya no puede ejercer su derecho sobre el deudor, porque al mismo tiempo es deudor; luego hay imposibilidad de usar la servidumbre, y por esto se extingue ésta. Hay que añadir que la servidumbre se vuelve inútil, porque como el propietario del predio dominante lo es también del sirviente, puede servirse de uno de los predios para el servicio del otro, en virtud de su derecho de propiedad; la propiedad que abarca todos los derechos reales, absorbe la servidumbre, que no es más que el desmembramiento de la propiedad. De aquí resulta, entre la confusión en materia de derechos reales y la confusión en materia de derechos de crédito, una diferencia que más adelante señalaremos (núm. 303).

300. Para que haya confusión, es preciso que el predio dominante y el sirviente estén reunidos en las mismas manos. Si solamente una parte del predio sirviente pasa á ser propiedad de aquél á quien pertenece el predio domi-

nante, la servidumbre no se extingue, porque él no tiene imposibilidad de usar su derecho. Y así es aun cuando la parte reunida al predio dominante fuese aquella por la cual se ejerce la servidumbre; en efecto, todo el predio está gravado. Luego si el camino de tránsito y el predio al cual se debe el paso están reunidos, la servidumbre no estará extinta, únicamente habrá lugar para fijar otro sitio del predio sirviente por el cual se ejercerá el paso. Si la reunión es completa en este caso, hay imposibilidad de usar la servidumbre, y por consiguiente, extinción por confusión.

301. Si la confusión cesa por la separación de los dos predios ¿cesarán también los efectos de la confusión? Hay un caso en el cual la cuestión no es dudosa. La reunión de los dos predios se hace por una escritura anulable, rescindible ó resoluble; si se anula, rescinde ó resuelve la escritura, la confusión entonces jamás ha existido, porque la anulación, la rescisión y la resolución tienen efecto retroactivo, en el sentido que ya se tiene la escritura por no haber sido jamás celebrada. Luego no ha habido confusión, y por lo tanto, la servidumbre no se ha extinguido. Sucede lo mismo en caso de revocación, cuando ésta retroacciona, cosa que es la regla. Si la revocación no retroacciona, la confusión no cesa sino para lo futuro; y entonces deben aplicarse los principios que rigen la hipótesis que vamos á examinar, aquella en la cual la separación de los dos predios se hace por acto de enagenación.

El propietario de los dos predios vende uno de ellos; deja de haber confusión: ¿revivirá la servidumbre? Se enseña la negativa; y la cuestión ni siquiera es dudosa, si se acepta la interpretación que hemos dado al art. 694. Este artículo supone que dos predios, de los cuales uno debía servicio al otro, han sido reunidos en las mismas manos; en seguida el propietario dispone de una de las heredades:

¿revivirá la servidumbre? Sí, si hay una señal aparente de servidumbre. Esto no es más que la aplicación del principio que rige la confusión. Cesa la imposibilidad de usar la servidumbre, luego deja de haber confusión; según el rigor de los principios, ni siquiera puede decirse que la servidumbre revive, ella jamás ha cesado de existir, sólo que era imposible ejercerla. Por eso el art. 694 dice que la servidumbre *continúa* existiendo: lo que equivale á marcar con energía que jamás se ha extinguido. Pero el artículo 694 no es aplicable más que á las servidumbres aparentes. Luego si la servidumbre no es aparente, permanece extinta. Esta es una argumentación *a contrario* que por si misma no tiene gran valor; pero es difícil dar otro sentido á la ley, si se admite que ella prevee el caso de confusión. En efecto, el art. 694 no hace más que consagrar, en lo concerniente á las servidumbres no aparentes, una doctrina tradicional que ya fué enseñada por los jurisconsultos romanos. Supuesto que, en nuestra opinión, el art. 694 aplica el principio de la confusión cuando la servidumbre es aparente, hay que decir que deroga los principios en lo concerniente á las servidumbres no aparentes. ¿Cuál es la razón de esta deregación? ¿Por qué la servidumbre no revive ó no *continúa* existiendo si no es aparente? Porque en materia de servidumbres hay terceras personas interesadas; se trata de saber si el adquirente del predio en otro tiempo dominante disfrutará de la servidumbre sin estipularla; si el adquirente del predio en otro tiempo sirviente estará sujeto á la servidumbre sin haber consentido en ella.

En rigor, se habría podido decir: lo que era deudor ó acreedor era el predio, y él continúa siéndolo. Pero la aplicación rigurosa del principio de la confusión habría sido contraria á la equidad: el adquirente habría adquirido un derecho sin haberlo pagado, puesto que se supone que las par-

tes no han hablado de esto, lo que sería injusto: ó el adquirente habría sido gravado con una carga cuando estaba en la inteligencia de que compraba un predio libre; cierto es, que en este caso, la ley le da una acción contra el vendedor (arts. 1626 y 1638); pero estas acciones recursorias tienen otro inconveniente. Más vale exigir que las partes se expliquen. Esto, en efecto, es todo lo que apetece la ley; si la servidumbre es aparente, inútil es que las partes hablen, porque las cosas hablan por sí mismas, como dice el orador del Tribunado: si la servidumbre no es aparente, el adquirente puede no conocer su existencia, y por lo mismo, es preciso que el vendedor hable.

302. El código prevee aún un caso en el cual las servidumbres renacen. Cuando los acreedores hipotecarios persiguen la expropiación del inmueble hipotecado contra el tercer poseedor, las servidumbres que éste tenía renacen después de la adjudicación hecha sobre él (art. 2077 y ley hipotecaria belga, art. 105). ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se contesta ordinariamente que se reputa como no acaecida la posesión del tercer detentor, es decir, que se considera que éste jamás ha sido propietario (1). Esto no es exacto: el mismo artículo que declara que las servidumbres reviven, mantiene las hipotecas concedidas por el tercer detentor, luego éste sigue siendo propietario hasta la adjudicación, y su título no está destruido retroactivamente. Por otra parte, ninguna causa había que debiese aniquilar su título por el pasado, porque la hipoteca que grava su predio no impide que él sea el verdadero propietario. Pero si él ha sido propietario, la confusión se ha operado, y por consiguiente, las servidumbres se han extinguido; ¿por qué, pues, reviven? La venta forzada del inmueble contra el tercer poseedor no debería tener más efecto que la venta voluntaria, bajo el punto de vista de

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 250, núm. 365.

los derechos extinguidos definitivamente por la consolidación; la única diferencia que existe entre las dos hipótesis es que el detentor pierde la propiedad del inmueble á su pesar, mientras que el vendedor cesa de ser propietario por su voluntad; pero esta circunstancia nada tiene de común con los efectos de la confusión. A decir verdad, el legislador aplica en el art. 2177 el principio de la confusión, mientras que lo deroga en el caso del art. 694. Yo tengo una servidumbre en un predio del cual vengo á ser propietario; la servidumbre se extingue porque me veo en la imposibilidad de ejercerla. Un acreedor persigue la expropiación del inmueble, cesando la imposibilidad de usar la servidumbre, después de la adjudicación la confusión cesa también; luego la servidumbre debe revivir. La ley habría debido decir que *continúa*, como lo dice el artículo 694.

¿Debe aplicarse el art. 2177 por analogía al caso en que el propietario es despojado por una acción de reivindicación? Así lo pretenden (1). No es esa nuestra opinión. Esta no es ni una anulación ni una resolución, sino una revocación. Pero ésta hace más que reducir á la nada los derechos del poseedor en lo futuro, prueba que nunca ha sido propietario; luego hay que aplicar el principio de la revocación retroactiva más bien que la disposición del artículo 2177.

303. La confusión puede hacerse por causa de herencia. Siendo yo propietario del predio sirviente heredo el dominante, ó viceversa; había confusión, puesto que los dos predios se han reunido en mis manos. ¿Si enageno mis derechos hereditarios, revivirá la servidumbre? Se enseña la afirmativa, con la restricción de que la venta de la herencia no puede causar daño á los derechos de terceros; tal sería el caso si antes de la venta yo hubiese enagenado

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 103 y siguientes.

el predio que es de mi propiedad y que estaba libre de toda servidumbre en el momento en que lo vendí (1). Parecenos que esta decisión es contraria á los principios que acabamos de exponer. Cuando yo vendo uno de los predios, la confusión había extinguido, es cierto, la servidumbre; pero según los términos del art. 794, ella *continúa* si se anunciare con algún signo aparente. Es evidente que si ella renace en provecho del adquirente, la venta que yo hago después de la herencia no puede arrebatarse su derecho. Del mismo modo, si el predio que yo enageno fuese el sirviente, el adquirente estaría y seguiría estando gravado con la servidumbre. Pero también cuando la servidumbre no es aparente, subsistirán los efectos producidos por la confusión; la enagenación de la herencia no introducirá ningún cambio. Supongamos ahora que las cosas estén enteras; yo soy todavía propietario del inmueble dominante ó sirviente en el momento en que vendo la herencia que comprende el otro predio: ¿la servidumbre permanecerá extinta, en este caso, ó revivirá? Se pretende que ella revive sea en provecho del adquirente, sea contra él. Esto es demasiado absoluto, á nuestro parecer; hay que aplicar por analogía la disposición del art. 694: la servidumbre renacerá si hay una señal aparente y no renacerá si ella no es aparente. Se supone naturalmente que no hay estipulación expresa; ahora bien, cuando la servidumbre se extingue por confusión, la enagenación voluntaria de uno de los predios no la hace renacer sino cuando hay un signo aparente. Hay, sin embargo, motivos para dudar. En primer lugar, puede decirse que la enagenación de la herencia no es una enagenación del predio dominante ó sirviente que en ella está comprendido; esto es cierto y por eso no hemos invocado más que la analogía, que es incon-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 104 y nota 13, y las autoridades que citan.

testable. En segundo lugar, podría uno prevalerse de los principios que se siguen en la extinción de las deudas y créditos por efecto de la confusión; en caso de venta, cesa la confusión; ¿no debe también cesar en materia de derechos reales? En teoría, y haciendo abstracción de los textos, nosotros habríamos aceptado la asimilación; pero en presencia del art. 694, esto nos parece imposible, porque resulta de esta disposición que, en el espíritu de la ley, la confusión opera un efecto definitivo, á menos que la existencia de un signo aparente haga suponer un convenio tácito.

§ III.—DEL NO-USO.

Núm. 1. Duración de la prescripción.

304. El art. 706 dice que “la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años.” Lo que la ley llama falta de uso no es otra cosa que la prescripción extintiva: los que tienen un derecho sea personal, sea real, deben ejercerlo dentro del plazo de treinta años, después de este plazo si se les puede rechazar por la prescripción. El código aplica este principio á las hipotecas (art. 2180), al usufructo (art. 617); debía también aplicarlo á las servidumbres. En materia de servidumbres, hay motivos especiales que justifican la extinción del derecho. Se estipulan las servidumbres no para ventaja de las personas, sino para utilidad de los predios; esta utilidad es permanente, cotidiana. Si el propietario del predio dominante se está treinta años sin ejercer la servidumbre, es de creer que ésta es inútil, que por lo tanto, no tiene razón de ser; nada más legítimo, en este caso, que la presunción de la renuncia en que descansa la prescripción.

305. Decimos que todo derecho real se extingue por la prescripción trentenaria. Este principio no se aplica sino

á los derechos que son un desmembramiento de la propiedad; no se aplica á la propiedad misma, ésta se pierde también por la prescripción, pero para que la haya, no basta que el propietario no haya usado su derecho, se necesita que un tercero haya poseído la cosa durante el tiempo requerido para la prescripción, y se necesita que la posesión presente los caracteres determinados por la ley. Insistiremos sobre este punto en el título de la *Prescripción*. Hay, además, otra diferencia entre la prescripción de la propiedad y la de las servidumbres. El propietario pierde su derecho cuando un tercero posee su predio durante diez ó veinte años con título y buena fe; mientras que en la opinión consagrada por la jurisprudencia, como más adelante lo expresaremos, la usucapción no extingue las servidumbres.

Es, pues, muy importante distinguir si un derecho constituye una propiedad, ó si no es más que uno de esos desmembramientos de la propiedad que se llaman servidumbres. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 160) hemos dicho que con frecuencia es muy difícil la distinción. ¿El derecho á las segundas yerbas es una servidumbre ó una co-propiedad? Unas veces es una cosa, y otras veces es la otra. Se ha fallado que es un derecho de pasto lo que el art. 688 coloca entre las servidumbres; pero la sentencia se apoya en circunstancias particulares. Este derecho, dice la corte de Caen, tiene origen en una concesión otorgada á las comunas, mediante renta, por los antiguos señores, y ciertamente que contra toda verosimilitud que ellos hayan estado en la inteligencia de que enagenaban una parte del dominio en provecho de los concesionarios. Luego ésta es una simple carga que gravá un prado, para uso y utilidad de una comuna, es decir, de una circunscripción territorial, cuyo cultivo se hace con esto más fá-

testable. En segundo lugar, podría uno prevalerse de los principios que se siguen en la extinción de las deudas y créditos por efecto de la confusión; en caso de venta, cesa la confusión; ¿no debe también cesar en materia de derechos reales? En teoría, y haciendo abstracción de los textos, nosotros habríamos aceptado la asimilación; pero en presencia del art. 694, esto nos parece imposible, porque resulta de esta disposición que, en el espíritu de la ley, la confusión opera un efecto definitivo, á menos que la existencia de un signo aparente haga suponer un convenio tácito.

§ III.—DEL NO-USO.

Núm. 1. Duración de la prescripción.

304. El art. 706 dice que “la servidumbre se extingue por la falta de uso durante treinta años.” Lo que la ley llama falta de uso no es otra cosa que la prescripción extintiva: los que tienen un derecho sea personal, sea real, deben ejercerlo dentro del plazo de treinta años, después de este plazo si se les puede rechazar por la prescripción. El código aplica este principio á las hipotecas (art. 2180), al usufructo (art. 617); debía también aplicarlo á las servidumbres. En materia de servidumbres, hay motivos especiales que justifican la extinción del derecho. Se estipulan las servidumbres no para ventaja de las personas, sino para utilidad de los predios; esta utilidad es permanente, cotidiana. Si el propietario del predio dominante se está treinta años sin ejercer la servidumbre, es de creer que ésta es inútil, que por lo tanto, no tiene razón de ser; nada más legítimo, en este caso, que la presunción de la renuncia en que descansa la prescripción.

305. Decimos que todo derecho real se extingue por la prescripción trentenaria. Este principio no se aplica sino

á los derechos que son un desmembramiento de la propiedad; no se aplica á la propiedad misma, ésta se pierde también por la prescripción, pero para que la haya, no basta que el propietario no haya usado su derecho, se necesita que un tercero haya poseído la cosa durante el tiempo requerido para la prescripción, y se necesita que la posesión presente los caracteres determinados por la ley. Insistiremos sobre este punto en el título de la *Prescripción*. Hay, además, otra diferencia entre la prescripción de la propiedad y la de las servidumbres. El propietario pierde su derecho cuando un tercero posee su predio durante diez ó veinte años con título y buena fe; mientras que en la opinión consagrada por la jurisprudencia, como más adelante lo expresaremos, la usucapción no extingue las servidumbres.

Es, pues, muy importante distinguir si un derecho constituye una propiedad, ó si no es más que uno de esos desmembramientos de la propiedad que se llaman servidumbres. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 160) hemos dicho que con frecuencia es muy difícil la distinción. ¿El derecho á las segundas yerbas es una servidumbre ó una co-propiedad? Unas veces es una cosa, y otras veces es la otra. Se ha fallado que es un derecho de pasto lo que el art. 688 coloca entre las servidumbres; pero la sentencia se apoya en circunstancias particulares. Este derecho, dice la corte de Caen, tiene origen en una concesión otorgada á las comunas, mediante renta, por los antiguos señores, y ciertamente que contra toda verosimilitud que ellos hayan estado en la inteligencia de que enagenaban una parte del dominio en provecho de los concesionarios. Luego ésta es una simple carga que gravá un prado, para uso y utilidad de una comuna, es decir, de una circunscripción territorial, cuyo cultivo se hace con esto más fá-

cil y la explotación más ventajosa (1). A nosotros nos parece que los términos de la sentencia son demasiado absolutos; no puede decirse que todo derecho á las segundas yerbas sea una concesión de los antiguos señores. Por esto es que la corte de casación no ha confirmado la sentencia sino con una reserva; á la vez que aprobando la interpretación que, en el presente caso, habían dado al convenio los jueces de hecho, la corte agrega que el derecho á las segundas yerbas puede recibir una extensión que lo asimile al derecho de propiedad. ¿Qué debe decirse si no hay convenio? En este caso, dice la corte, el derecho á las segundas yerbas no constituye más que una servidumbre de pasto; de ello infiere que el derecho puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, pero que no extingue por la prescripción adquisitiva que se llama usucapión (2).

El interés que tienen las partes en prevalerse de los principios que rigen la extinción del derecho de propiedad por la prescripción, es motivo para que traten de representar como un derecho de propiedad lo que en realidad no es más que un derecho de servidumbre. Un propietario al vender una parte de su predio estipuló que tendría derecho para establecer vistas de aspecto, y al mismo tiempo prohibió al adquirente que edificase más acá de cierta distancia. El no usó su derecho durante treinta años, y pretendió entonces que el contrato implicaba la reserva de una parte de su derecho de propiedad. Esto era evidente, salirse de los términos del contrato; había una simple servidumbre de prospecto, es decir, un derecho susceptible de extinguirse por falta de uso (3).

Se ha fallado lo contrario en un caso en que el derecho

1 Caen, 29 de Julio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 157).

2 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 329).

3 Orleans, 13 de Febrero de 1865 Dalloz, 1865, 1, 60).

litigioso parecía ser un derecho al uso del agua de una fuente, es decir, una servidumbre; pero resultaba de los hechos de la causa que era un derecho de co-propiedad. Un manantial brota en un predio; las venas alimenticias se hallan en el predio superior. ¿A quién pertenece el manantial? Al dueño del predio en donde están las venas, esto es claro. El propietario del predio en donde había brotado el manantial estipula un derecho sobre las venas alimenticias, derecho en cuya virtud el propietario superior se veda á sí mismo toda clase de trabajos capaces de disminuir el agua, es más, es dar un derecho sobre las venas mismas, y por lo tanto, un derecho de propiedad en lo de debajo. En realidad, la propiedad estaba compartida; luego había que aplicar los principios que rigen la extinción de la propiedad. Se falló que el derecho no se extinguió sino por el no-uso (1).

306. Todas las servidumbres se extinguen por la prescripción, siendo que sólo las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión trentenaria. La razón de esta diferencia es muy sencilla: los requisitos para la prescripción adquisitiva, no existen sino para ciertas servidumbres, aquellas cuyo uso [es público y cuyo ejercicio no tiene la mancha de lo precario; síguese de aquí que las servidumbres no aparentes ó discontinuas no pueden adquirirse por prescripción. Mientras que para la extinción de las servidumbres una sola consideración es suficiente, y es la falta de uso; ahora bien, pueden no usarse toda clase de servidumbres; luego todos son susceptibles de extinguirse por la prescripción.

307. Hay, no obstante, una diferencia entre las servidumbre continuas y discontinuas en lo concerniente al comienzo de la prescripción. Cuando se trata de una ser-

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

vidumbres discontinua dice el art. 707, los treinta años comienzan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutarla. Estas servidumbres necesitan del hecho actual del hombre para ejercerse; desde el momento en que el hombre no interviene para usarlas, hay no-uso, y por consiguiente debe empezar á correr la prescripción por el no-uso. La aplicación del principio suscita una ligera dificultad. Hay servidumbres cuyo uso es intermitente; si no se usan durante un cierto tiempo, es porque no hay lugar á usarlas. Yo tengo el derecho de paso por tu predio para hacer el corte de mi madera; la madera se corta cada diez años; en el intervalo de uno á otro corte, yo no paso, porque ningún interés tengo para ello; hay que decir más, ni siquiera tengo el derecho. Se pregunta si el plazo de treinta años comenzará á contarse desde el día en que yo pasé por la última vez para hacer el corte. Esto sería lo que se llama una interpretación jurídica del texto; fijarse en la letra de la ley para violar su espíritu. Nó; el plazo de treinta años no correrá sino desde el nuevo corte que yo debo hacer, si entonces yo no paso por tu predio. En vano se diría que yo he "cesado de disfrutar" desde el último corte; es verdad que yo he cesado de pasar durante diez años; ¿quiere decir esto que durante esos diez años yo he cesado de disfrutar? Yo no podía gozar, y ni derecho á ello tenía; y mi derecho de disfrutar no se ejercerá sin al hacer el nuevo corte; si entonces yo no uso la servidumbre, podrá decirse que *cesa de disfrutarse*. Si el texto dejara alguna duda, el espíritu de la ley la disiparía. La falta de uso implica una renuncia; y puede decirse que yo renuncié á mi derecho al no ejercitarlo, cuando no tengo derecho para ello? (1).

308. Cuando se trata de servidumbres continuas, los

1 Demolombe, t. 12, p. 565, núm. 1013. Aubry y Rau, t. 3°, p. 104 y nota 14; t. 2°, p. 90, nota 3.

treinta años comienzan á correr, según el art. 707, desde el día en que se ha hecho un acto contrario á la servidumbre. Estas servidumbres se ejercen sin el hecho actual del hombre, art. 688, por sí mismas, por todo el tiempo que los sitios permanecen en el estado de donde resulta la servidumbre. Así es que los derechos de derrame, de vista se ejercen por el hecho solo de que el techo de la casa avanza hacia el predio vecino, por el hecho solo de que existe una ventana; lo mismo pasa con las demás servidumbres afirmativas. Si la servidumbre consiste en no hacer, por ejemplo en no edificar, ella se ejerce también por sí misma por el hecho solo de que el propietario del predio sirviente no edifica, ó no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga (1).

Hay alguna dificultad para las conducciones de agua que se ejercen mediante una compuerta que el propietario del predio sirviente debe abrir para que corra el agua. ¿No debe decirse, en este caso, que la existencia de la compuerta es insuficiente para el ejercicio de la servidumbre? ¿Si la compuerta permanece cerrada treinta años, puede decirse que el propietario del predio dominante usa la servidumbre? Y si realmente no la usa ¿no debe concluirse que los treinta años comienzan á correr desde el día en que la compuerta ha dejado de abrirse? La objeción la ha hecho un jurisconsulto eminente (2), prueba que hasta los mejores entendimientos se engañan alguna vez, y el error proviene las más de las veces de que se descuida el texto. Basta leer el art. 688 para convencerse de que el derecho de conducción de agua es una servidumbre continua; por lo mismo debe aplicarse el artículo 707 y decidir que el derecho se conserva por todo el

1 Metz, 6 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 150).

2 Duprest, profesor en la universidad de Lieja. "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3°, ps. 828 y siguientes).

tiempo que no se ha hecho acto contrario á la servidumbre; ahora bien, el hecho de no abrir la compuerta no es ciertamente un acto contrario á la servidumbre, sino una intervención accidental del hombre en el ejercicio de la servidumbre, lo que no impide que ésta se ejerza por sí misma, puesto que es continua. En definitiva, la objeción tendería á hacer del derecho de conducción de agua una servidumbre discontinua (1).

Para que la prescripción comience á correr, se necesita un *acto* contrario á la servidumbre, es decir, un hecho que impida su ejercicio. Síguese de aquí que una notificación que hiciese el propietario del predio sirviente al del dominante no haría que corriese el plazo de treinta años; en efecto, la notificación no es un *acto* que impida el ejercicio de la servidumbre, es una manifestación de voluntad, una protesta contra el derecho del vecino, á pesar de esta protesta el derecho puede ejercerse, y por todo el tiempo que, legalmente hablando, el propietario del predio dominante use de su derecho, no puede ser cuestion de extinción de su derecho por el no-uso. El predio dominante tiene un derecho de vista; la ventana por la cual se ejerce la servidumbre está tapiada, desde ese momento deja de ejercerse la servidumbre, luego comienza el no-uso. Si la servidumbre consiste en no edificar, hay acto contrario cuando el propietario del predio sirviente edifica. Si se trata de una conducción de agua, habrá acto contrario si la compuerta se ha cerrado de modo que ya no pueda abrirse, ó cuando se ha obstruido el canal, ó se han quitado los tubos (2).

309. Tales son los principios establecidos por la ley. La aplicación se hace sin dificultad alguna á las servidum-

1 Pardessus, t. 2º, p. 163, núm. 308. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 253, núm. 367.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 252, núm. 367. Demolombe, t. 12, p. 562, núm. 1010. Aubry y Rau, t. 3º, p. 105, nota 16.

bres discontinuas. En tanto que la servidumbre se ejerza por quien quiera que sea, la prescripción no comienza á correr. No hay, pues, que confundir el uso de la servidumbre que está constituida, con los hechos de posesión que hacen adquirir ciertas servidumbres. El hecho material del uso del derecho es suficiente para que se conserve la servidumbre; no es necesario que sea ejercida por el propietario del predio dominante, ó por los que tienen calidad para representarlo en su goce. Si pasare un jornalero por el predio sirviente, ó un amigo y hasta un extraño para una simple visita, habría ejercicio del derecho de paso lo que es suficiente para que la servidumbre no se extinga por la falta de uso.

Pardessus hace notar que bastaría el ejercicio material, que no se podría argüir el uso ó la posesión de lo precario ó de familiaridad. Hay una sentencia que parece decidir lo contrario. De hecho se había suprimido un sendero de paso, porque éste se había hecho inútil á causa de cambios ocurridos en el estado de los sitios, tales como reunión de terrenos, construcción de cosas, apertura de nuevas vías de comunicación. Sin embargo, había habido actos de paso, aunque escasos. Los jueces del hecho los descartaron calificándolos de actos de pura tolerancia insuficientes para la conservación del derecho de paso. Esta decisión fué confirmada por la corte de casación, por motivo de ser una apreciación soberana que escapaba á su censura (1). La sentencia, por lo menos, está mal redactada. Desde luego la cuestión de saber cuál debe ser el carácter de los actos de uso alegados para probar la conservación de la servidumbre no es una cuestión de hecho, sino de derecho, como muy bien lo expresa Pardessus. ¿La posesión para conservar debe tener los mismos caracteres que la posesión

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Julio de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 111). Pardessus, t. 2º, p. 144, núm. 302.

para adquirir? Tal era la dificultad; ésta consiste en derecho y no en hecho. Se podía sostener, en el caso de que se trata, que estaba extinguida la servidumbre por haberse hecho completamente inútil, y porque algunos actos de tolerancia no probaban que todavía existiese. La objeción se refiere al art. 703. Cuando se invoca el no-uso durante treinta años, se supone que la servidumbre existe todavía de derecho; por lo mismo, el uso que de ella se ha hecho es el ejercicio de un derecho, y ¿cómo el ejercicio de un derecho había de ser un acto de pura tolerancia? Esto es contradictorio en sus términos.

Del principio de que un acto material es suficiente para conservar la servidumbre se sigue que el hecho simple de la falta de uso es también suficiente para que aquella se extinga, por más que la negligencia no provenga del propietario del predio dominante. Es un usufructuario ó un arrendatario el que se descuida de ejercer la servidumbre de paso; si él no pasa durante treinta años, la servidumbre se extinguirá. Podría objetarse que falta la presunción de renuncia en que se funda la extinción por el no-uso; que el propietario perderá su derecho, no porque pretenda renunciarlo, sino por la negligencia y la culpa de los que ocupan el predio. Una sola cosa hay que contestar á la objeción, pero la respuesta es perentoria, y es el texto; éste no exige más que el hecho material del no-uso, y no subordina la extinción á la voluntad de renunciar; la doctrina es la que ha dado esta explicación, pero una explicación doctrinal no es una condición. Esto es decisivo (1).

310. Pothier dice que el acto contrario á la servidumbre continua, en el cual se funda la servidumbre extintiva debe reunir las condiciones generales de toda posesión: preciso es, dice él, que se haya ejecutado *nec vic, nec clam*,

1 Parzessus, t. 2º, p. 160, núm. 307. Durantou, t. 5º, p. 674, número 684. Demolombe, t. 12, p. 534, núm. 995.

nec precario. Por ejemplo, un predio está gravado con la servidumbre de prospecto, que me veda hacer construcciones y plantaciones. Yo planto unos árboles que hacen daño á la belleza de la perspectiva; pero doy por escrito una promesa de no conservarlos sino en tanto que el propietario del predio dominante quiera permitirlo; la servidumbre no se extinguirá, aunque las plantaciones hayan subsistido durante treinta años. Mi billete, dice Pothier, hace precario aquel hecho respecto al predio dominante (1). A primera vista podría creerse que hay contradicción entre la doctrina de Pothier, concerniente á las servidumbres continuas, y la opinión general que acabamos de enunciar en lo que atañe á la conservación de las servidumbres discontinuas. Con tal de que haya un acto cualquiera de posesión, hemos dicho, hay uso de la servidumbre y la prescripción no corre. Mientras que para las servidumbres continuas, exigimos con Pothier que el acto contrario á la servidumbre sea un acto público, que no esté manchado con la nota de precario ni de violento. Hay una razón para esta diferencia. El que usa una servidumbre de paso ejercita un derecho, lo que excluye todo pensamiento de violencia y de precaridad. Pero el que planta en un predio, reconociendo que lo hace por tolerancia, no ejecuta un acto contrario al derecho del propietario de la heredad dominante; lejos de eso, su billete es una nueva confesión de la servidumbre; el reconocimiento de la servidumbre quita á la plantación el caracter que tendría sin la confesión; puesta en relación con dicha confesión la plantación no es un acto contrario á la servidumbre, luego no podría haber prescripción.

311. ¿Es preciso que el acto contrario á la servidumbre

1 Pothier, "Introducción al tit. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 20. Demolombe, t. 12, p. 558, núm. 1007.

haya sido llevado á cabo por el propietario del predio gravado? La ley no lo exige, y esto decide la cuestión. El art. 707 dice: "si se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre." Basta, pues, que el acto sea contrario, importando muy poco de quien emane. Pardessus objeta que siendo el *hecho contrario* una contradicción al derecho del propietario del predio dominante, implica una denegación de sufrir el ejercicio de la servidumbre; que resulta, pues, de la naturaleza misma de dicho acto, que debe emanar del propietario del predio sometido. Esta interpretación se sale de los límites de la ley, porque no es exacto decir que el *acto contrario* sea negarse á sufrir el ejercicio de la servidumbre. El *acto contrario* es para las servidumbres continuas lo que el hecho de *cesar de gozar* es para las discontinuas; se exige únicamente á fin de comprobar el *no-uso* de la servidumbre. Ahora bien, la falta de uso no supone contradicción ninguna por parte del propietario del predio sirviente, basta que no se haya ejercido la servidumbre. Por la misma razón, no es necesario que el acto contrario sea ejecutado por el propietario del predio dominante; únicamente que el hecho tendrá una fuerza mayor aún si emana de aquél á quien se debe la servidumbre, puesto que entonces implica una abdicación de la servidumbre, lo que la ley supone; en efecto, cuando hay extinción por la falta de uso. Pero repitamos que la ley no lo exige. Aun cuando el acto fuese de un tercero que obrara sin derecho alguno, habría, no obstante, un *acto contrario*, en el sentido de que habría comprobado que la servidumbre no es ejercida, lo que es suficiente para que corra la prescripción. Esto no está siquiera en oposición con la presunción de renuncia que la doctrina acepta en caso de falta de uso; porque al dejar subsistir el acto contrario á su derecho, el propietario del predio dominante se lo apropia, como si él mismo fuese el autor; en efecto,

sólo de él depende destruir dicho acto, y si lo mantiene es porque no quiere usar la servidumbre. En este sentido hay renuncia (1).

Se ha fallado que el acto contrario que sirve de punto de partida á la prescripción de las servidumbres continuas puede ser un acontecimiento de fuerza mayor. Era-se el caso de una servidumbre de conducción de agua; la corriente se había desviado naturalmente, sin hecho alguno del propietario de la heredad sirviente; éste púsose en posesión del cause desecado. ¿En los hechos caracterizados de esa manera había un *acto contrario* á la servidumbre? La corte de casación decidió que la ley no exigía, por parte del propietario del predio sirviente, un hecho personal y físico para oponerse al ejercicio de la servidumbre (2). A primera vista, creíase que la corte ha confundido el caso de la extinción por falta de uso, previsto por los arts. 706 y 707, con el caso de imposibilidad de usar la servidumbre, previsto por el art. 703. En el fondo, poco importa, al menos en la opinión que hemos enseñado nosotros, puesto que la imposibilidad de usar, cuando sólo es temporal, está regida por los mismos principios que el no-uso (núms. 294 y siguientes). Como en el caso de que tratamos, la desviación del curso del agua era obra de la naturaleza, podía decirse que había imposibilidad de usar más bien que no-uso. En realidad, dependía del propietario del predio dominante restablecer el curso primitivo del agua, luego podía usar y no usaba, lo que es el caso previsto por el art. 706. Bajo el punto de vista de los principios, la corte ha fallado muy bien. El art. 707 es aplicable desde el momento en que se comprueba que

1 Duranton, t. 5º, p. 675, núm. 685. Demolombe, t. 12, p. 559, número 1009. Aubry y Rau, t. 3º, p. 195 y nota 17. Compárese Pardessus, t. 2º, p. 164, núm. 308.

2 Sentencia de casación, de 20 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 13).

la servidumbre no se ejerce á causa de un hecho contrario á la servidumbre.

312. El no-uso debe durar treinta años. Puesto que es una prescripción extintiva, debe decidirse que se puede suspender por las causas generales que suspenden la prescripción liberatoria, y que puede ser interrumpida por las causas que la interrumpen según el derecho común. El asiento de esta materia se halla en el título de la *Prescripción*. Por el momento nos limitamos á hacer notar que la prescripción de las servidumbres discontinuas exige que no haya ningún acto de uso durante treinta años, de suerte que un solo hecho de pasar durante este lapso de tiempo sería suficiente para interrumpir la prescripción, y este hecho podría probarse por medio de testigos, puesto que se trata de un hecho material. Esto será lo que establezcamos en el título de las *Obligaciones*. Cuando la servidumbre es continua, el propietario tiene treinta años para reclamar contra el acto que comprueba el no-uso de la servidumbre. Y si no hay acto contrario, la prescripción no corre; aun cuando el propietario del predio sirviente hubiese poseído su predio durante treinta años sin que la servidumbre haya sido ejercida de hecho, la compuerta de una conducción de agua, por ejemplo, no habiéndose abierto en ese lapso de tiempo, aquél no podría invocar la prescripción; en efecto, él no ha poseído un predio libre de todo gravamen, puesto que la servidumbre continua se ejerce por sí misma, legalmente hablando.

313. ¿Qué se debe resolver si la servidumbre nunca se ha ejercido? Es claro que al cabo de treinta años se había extinguido por la prescripción. ¿Pero desde qué momento comenzará á correr? Ninguna dificultad existe cuando la servidumbre es discontinua. La servidumbre existe desde el momento en que se constituye, y desde ese instante el propietario del predio sirviente puede pasar, si

no pasa está en los términos del art. 707; así, pues, la prescripción correrá desde el día en que se estableció la servidumbre. En cuanto á las servidumbres continuas que consisten en no hacer, no puede decirse que el no-uso comience desde el día en que se estipula la servidumbre, porque se ejercen por sí mismas por todo el tiempo que el propietario del predio sirviente no hace lo que la servidumbre le prohíbe que haga. Quedan las servidumbres continuas que consisten en un estado de los sitios, tales como la existencia de un techo para una servidumbre de desagüe ó de ventanas practicadas en una pared para una servidumbre de vista. Precisa distinguir si la servidumbre se ha establecido para una casa por construir ó si la casa en cuyo provecho se estipula la servidumbre está ya construida. En el primer caso, la servidumbre todavía no existe, puesto que no hay predio dominante. Así es que no se está en la hipótesis prevista por los arts. 706 y 707; no puede tratarse de usar una servidumbre cuando no hay predio dominante, y es imposible hacer acto contrario á una servidumbre que no existe. ¿Quiere decir esto que el derecho de servidumbre que se ha estipulado no se extinguirá por la prescripción? Todo derecho se extingue por la prescripción extintiva, luego también el derecho de servidumbre. La dificultad consiste en saber desde qué momento comenzará á correr la prescripción. El que ha estipulado la servidumbre permanece treinta años sin edificar; ¿se extinguirá la servidumbre? ó por mejor decir, ¿prescribirá el derecho á la servidumbre? Se ha fallado que hay prescripción, y nosotros creemos que la decisión está de conformidad con los verdaderos principios (1) En efecto, la prescripción de todo derecho comienza á correr desde el momento en que el derecho existe, y el derecho á

¹ Sentencia de denegada apelación, de 18 de Noviembre de 1863 (Dalloz 1864, 1, 120). Orleans, 16 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 60).

la servidumbre existe desde el instante en que se estipula, lo que decide la cuestión. Se objeta que en el caso se trata de un derecho condicional, y la prescripción no corre respecto á los derechos que dependen de una condición, hasta que ésta tenga lugar (art. 2257). La corte de casación contesta que el derecho á la servidumbre no es condicional cuando el que lo ha estipulado puede construir inmediatamente y ejercer su derecho. Habría condición si yo estipulara en provecho de tal ó cual predio para el caso en que yo fuera propietario: la existencia de la servidumbre depende entonces de un acontecimiento futuro é incierto, por lo que es condicional. Pero cuando siendo propietario de un terreno estipulo una servidumbre para el edificio que me propongo levantar, nada hay de incierto ni de eventual; yo puedo edificar inmediatamente, luego de mi voluntad depende únicamente que yo use de mi derecho; en este sentido mi derecho es actual, existe, y en consecuencia, puede extinguirse.

¿Sucedería lo mismo si se estipulase una servidumbre de vista en provecho de una casa ya edificada? El propietario permanece treinta años sin abrir ventanas ¿su derecho se extingue? ¿ó no comenzará á correr la prescripción sino cuando él haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre? Existe una diferencia entre esta hipótesis y la que acabamos de examinar. En el caso presente hay una servidumbre, supuesto que hay un predio dominante, que es la casa en cuyo provecho se ha estipulado el derecho de vista. Luego estamos en el caso previsto por el art. 706. ¿Quiere decir esto que sea necesario aplicar el art. 707 y exigir un acto contrario para que la prescripción comience á correr? No lo creemos así. Si el art. 707 exige un acto contrario es para que conste que no se ha ejercido la servidumbre; y ¿se necesita un acto para que conste que el propietario no ejerce el derecho de vista, cuando él no

practica ventanas? Este hecho negativo es la prueba mejor de la falta de uso. Por otra parte ¿es concebible que se ejecute un acto contrario á la servidumbre de vista en tanto que sea imposible el uso de esta servidumbre por falta de ventanas? No siendo aplicable el art. 707, se vuelve al derecho común del art. 2262; la prescripción correrá contada desde el establecimiento de la servidumbre.

314. El art. 706 sólo habla de la prescripción trentenaria; ¿quiere decir esto que excluya la prescripción de diez y veinte años? El que ha adquirido á justo título y de buena fe, como libre de toda carga, un predio gravado en realidad con una servidumbre, y lo posee libre durante diez ó veinte años ¿adquiere la franquicia de dicho inmueble? La cuestión es muy controvertida. Nosotros creemos que la usucapión emancipa al inmueble de las cargas reales que lo gravan. Esto puede acontecer en dos casos. Yo compro un inmueble de manos de su propietario; el inmueble está gravado con servidumbres que el vendedor no declara y que, por consiguiente, yo ignoro. Si yo poseo el inmueble, libre de todo gravamen, durante diez ó veinte años, habrá usucapido la libertad del inmueble. En teoría, esta doctrina es conforme á los principios que rigen la prescripción; si yo puedo usucapir la propiedad por diez y veinte años ¿por qué no he de poder usucapirla toda ella, es decir, libre de todo derecho real? Se prescribe lo que se posee, y yo poseo un inmueble exento de toda servidumbre, por lo que adquiero un inmueble en toda propiedad. Sucede lo mismo en la segunda hipótesis: yo adquiero un inmueble de quien no es su propietario con justo título y buena fe; el inmueble está gravado con servidumbres cuya existencia me es desconocida; después de diez ó veinte años, yo habré usucapido la propiedad del inmueble. En este caso, los principios aparecen todavía más evidentes; si yo puedo prescribir el derecho del

propietario ¿por qué no había de poder prescribir el derecho de quien no posee más que un desmembramiento de la propiedad? ¿Permiten los principios que se divida la posesión? Suficiente ésta para repeler la acción de reivindicación, ¿se concibe que sea insuficiente para repeler la acción confesoria?

Pero la cuestión no lo es de teoría. Se necesita un texto para que pueda admitirse una prescripción cualquiera; luego el texto del código es lo que debe decidir la dificultad. Podemos, desde luego, invocar el art. 2265, por cuyos términos "el que adquiere de buena fe y por justo título un inmueble, prescribe su *propiedad* por diez ó veinte años." La propiedad es el derecho absoluto, ilimitado, tal como la define el art. 544, es decir, la propiedad entera; ésta es la que yo poseo, luego la he usucapido. El artículo 2265, por sí solo, no es decisivo, y hay que ver si el legislador le presta la inteligencia que le damos; se necesita un texto que pruebe que se ha usucapido la libertad del predio, del mismo modo que se usucapa la propiedad. Este texto existe: el art. 2180 admite la prescripción extintiva por diez ó veinte años de las hipotecas, cuando el predio está en manos del detentor; luego la ley asimila la prescripción de la hipoteca con la prescripción de la propiedad. He aquí, pues, una aplicación del art. 2265. Luego queda probado por el texto mismo del código que los derechos reales se extinguen por la prescripción de diez ó veinte años. La doctrina acude en apoyo de esta argumentación, porque admite que el usufructo se extingue por usucapición: si el que posee durante diez ó veinte años prescribe las hipotecas y el usufructo, ¿por qué no había de prescribir las servidumbres? Siendo la regla que el artículo 2266 se aplique á los derechos reales, se necesitaría que hubiese una excepción respecto á las servidumbres.

Se pretende que esta excepción resulta de los principios y del texto de la ley.

La usucapición es una prescripción adquisitiva que descansa en la posesión. Es, pues, preciso que el poseedor haya poseído lo que pretende que ha prescrito. ¿Acaso el que posee un inmueble como libre de todo derecho real posee este derecho contra aquél á quien éste pertenece? Sí, si se trata del usufructo, porque el poseedor disfruta como propietario durante diez ó veinte años, lo que excluye el goce del usufructuario; luego puede decirse que él adquiere este goce. Pero se pretende que esto no puede decirse de las servidumbres: yo no ejerzo los derechos que pertenecen al propietario de la heredad dominante, luego nada poseo contra él, y por lo tanto, nada puedo adquirir por la prescripción extintiva; únicamente puedo prevalerme de la prescripción extintiva, y ésta es de treinta años, según el art. 706. Se puede contestar, teóricamente, que él que posee la propiedad, posee por esto mismo los diversos desmembramientos de aquélla; poseyendo libre su predio, posee con esto contra los que pretenden que no es libre, luego puede invocar la prescripción adquisitiva. Hay una respuesta más perentoria en una materia que exige textos, y es que el art. 2180 consagra la extinción de las hipotecas por la prescripción de diez ó veinte años; y ciertamente que no se puede decir que el tercer detentor posee el derecho de acreedor hipotecario; si, no obstante, la ley admite que su posesión extingue el derecho del acreedor hipotecario, es porque en la teoría del código la usucapición hace que se adquiriera la propiedad plena é íntegra, es decir, libre de todo derecho real.

Se pretende que hay un texto que rechaza la interpretación que estamos dando al código, y es el art. 2261, por cuyos términos "las reglas de la prescripción sobre otros

efectos que no sean los mencionados en el presente título se explican en los títulos que les son propios." Esta disposición es la que nos ha hecho desechar la prescripción adquisitiva de las servidumbres por usucapión; por la misma razón, dicen, debe desecharse la usucapión como prescripción extintiva, porque en el título de las *Servidumbres*, el legislador determina lo concerniente á la extensión de las servidumbres por prescripción tanto como lo que concierne á su adquisición; ¿y cuál es el sistema del código? Para adquirir las servidumbres, así como para extinguirlas, la ley exige la prescripción trentenaria (arts. 690 y 706). He allí un sistema completo, que según el artículo 2264, separa la aplicación de las reglas generales sobre la prescripción. El argumento es muy serio y el único que á nuestro juicio, hace dudosa la cuestión. Si para la adquisición de las servidumbres hemos admitido la aplicación del art. 2264, es porque el código consagra realmente un sistema especial en esta materia al exigir la posesión de treinta años; hay en esto una derogación del art. 2265. No puede decirse otro tanto de la extinción de las servidumbres; el art. 706, lejos de establecer una excepción del derecho común no hace más que aplicar á las servidumbres el principio general del art. 2262. Aplicando el derecho común en lo concerniente á la prescripción liberatoria de treinta años, él no puede excluir el derecho común en lo concerniente á la usucapión. De cualquiera manera que sea, no se nos puede oponer el art. 2264, porque esta disposición, al remitir á los títulos que les son propios las reglas establecidas sobre otros objetos que los que se mencionan en el título de la *Prescripción*, supone que estos títulos contienen principios particulares.

Hay un argumento que nos parece decisivo en favor de esta interpretación y es la tradición. Los autores del código han seguido la costumbre de París, y ésta continúa

una disposición análoga á la del art. 706 del código civil, que decía: "Se puede readquirir la libertad contra el título de servidumbre por treinta años." Otra disposición de la costumbre (144) consagraba la usucapión en provecho de quien había adquirido heredad ó renta á justo título y de buena fe: éste es nuestro art. 2265. El sistema de la costumbre es, pues, idéntico al del código Napoleón; supuesto que el código no hace más que reproducir la doctrina tradicional, hay que interpretarlo en el sentido de la tradición. Pothier va á darnos el comentario auténtico de la legislación moderna: La prescripción de treinta años dice él, de que se habla en el art. 186 (art. 706 del código civil), es la prescripción á efecto de librarse que resulta únicamente del no-uso de la servidumbre, y que hace que adquieran la liberación aun aquellos que las hubiesen constituido ó á sus herederos; sólo de esta especie de prescripción es de lo que se habla en el art. 186 (706), que *nada tiene de común* con la prescripción del art. 114 (2265), que resulta de la posesión que un adquirente de buena fe ha tenido de una heredad que ha poseído como exenta de los derechos de servidumbre de que estaba gravada" (1). Así es que la prescripción trentenaria del art. 786 *nada tiene de común* con la usucapión del art. 2265; luego la primera no puede excluir á la segunda.

Por último, todavía puede uno prevalerse, á favor de nuestra opinión, del art. 1665, que ya hemos indicado en el título del *Usufructo* (t. VII, núm. 90).

La jurisprudencia casi está unánime en favor de la opinión contraria; sí, á pesar de esto, hemos discutido la cuestión, es porque somos del parecer de la corte de Nancy, que dice, en una sentencia muy bien motivada: "Non exem-

1 Pothier, "De la prescripción," núm. 139.

plis sed legibus judicandum est" (1). Los autores están divididos (2).

Núm. 2. De la prueba.

315. La prueba de la extinción de las servidumbres por falta de uso origina nuevas dificultades. Hay un principio aceptado por todos y que no podría ponerse en duda: el código nada dice de la prueba en el título de las *Servidumbres*; por lo mismo se atiende á las reglas generales sobre las pruebas, tales como están establecidas en el título de las *Obligaciones*; pero el sentido de estas reglas y su aplicación son una de las materias más difíciles del derecho. No hay otra que sea más elemental como la que está escrita en el art. 1315; al actor corresponde probar el fundamento de su demanda, y el reo se vuelve actor en cuanto á la excepción que él opone á la demanda contra él formulada. Esta regla tiene su aplicación á los derechos reales. También hay general acuerdo en hacer recaer la prueba en el que pretende tener derecho á una servidumbre; pero cuando se interroga á los autores y á las sentencias sobre los motivos de sus decisiones, se encuentran tantas opiniones como opinantes. De aquí una incertidumbre grande sobre los verdaderos principios; vamos á procurar establecerlos. Debemos distinguir entre las servidumbres continuas y discontinuas.

1 No vamos á citar más que las sentencias de la corte de casación que contienen una exposición de principios. Sentencia de denegada apelación, de 20 de Diciembre de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, número 1238 1°); sentencias de casación, de 31 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 39), y 14 de Noviembre de 1843 (Daloz, 1853, 1, 328). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está de acuerdo. Lieja, 10 de Julio de 1842, y 30 de Noviembre de 1843 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 316, y 1844, 2, 99). Compárese Bruselas, 3 de Enero de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 83). En el sentido de nuestra opinión, Nancy, 14 de Marzo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1238).

2 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. 3°, p. 106, nota 23 (Demolombe, t. 12, p. 550, núm. 1004, y Daloz, *Servidumbre*, número 1238).

316. Si se trata de una servidumbre continua de la que pretende eximirse el propietario del predio sirviente por medio del no-uso, entonces no hay la menor duda; en todo caso á él corresponde rendir la prueba de la extinción. Déjase entender que cuando él es actor, entonces se está en la letra del art. 1315. Lo mismo es si el propietario del predio dominante es el actor. A él le incumbe la prueba pero ¿de qué? No se pone en duda que haya existido la servidumbre, sino que el debate gira sobre la extinción; ¿acaso corresponde al actor probar que él ha usado de su derecho? Para que haya lugar á debate, hay que suponer que el título tiene más de treinta años de fecha. Podría decirse que en tal caso no basta producir un título, que también se debe probar que se ha ejecutado el título. En efecto, si el título no ha recibido ninguna ejecución, se extinguirá al cabo de los treinta años. A decir verdad, esta hipótesis no es la del art. 706, sino la del 2262. Yo he estipulado una servidumbre de desagüe para una casa por edificar, y la tal casa nunca se ha edificado, ó una servidumbre de vista, y nunca practiqué ventanas; si yo quiero usar de mi derecho al cabo de treinta años, en vano aduciré un título, porque lo desecharán por la prescripción; en este caso no hay debate posible acerca del no-uso supuesto que la servidumbre jamás ha existido de hecho; no puede haber cuestión de no-uso cuando jamás lo hubo.

Pero si se ha ejecutado el título y si hay un acto contrario á la servidumbre que haya impedido el uso, el propietario del predio dominante que quiere hacer uso de su derecho ¿deberá probar que éste no se ha extinguido? El es actor; luego debe probar el fundamento de su derecho; ¿cuál es este fundamento? El título; pero no se pone en tela de juicio. ¿Deberá probar que él ha usado la servidumbre? Esta prueba resulta de la ejecución del título; en efecto, la servidum-

bre es continua, se ejerce por sí misma, por lo que su uso queda probado por el hecho solo de que el título es aducido y porque es patente que se ejecutó el título. Así es, que el actor ha rendido la prueba que le incumbe; al reo, al propietario del predio sirviente coraespoude probar que la servidumbre está extinguida por la falta de uso. Esto supone que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre; al demandado que opondrá esta excepción atañe probar que se ha ejecutado un acto contrario á la servidumbre y que subsiste desde hace treinta años. Si el propietario del predio dominante sostuviera que el acto no es contrario á su derecho porque se verificó por tolerancia, tócale á él probar el fundamento de esta nueva excepción (1).

317. Las servidumbres discontinuas exigen el hecho actual del hombre para ejercerse. Resulta de aquí una diferencia en cuanto á la prueba. Distinguese si el que pretende tener un derecho de servidumbre está ó nó en posesión. Si está en posesión, este hecho unido á su título, por antigua que sea la fecha, lo dispensa de toda prueba aun cuando fuese actor; él puede invocar la presunción establecida por el art. 2234: "El poseedor actual que prueba haber poseído anteriormente se presume que ha poseído en el tiempo intermedio, salvo la prueba contraria." Así, pues, su contrario es quien debe rendir la prueba contraria á esta presunción; es decir, que él debe probar que en el tiempo intermedio, el propietario del predio dominante no ha poseído, y que la falta de uso ha durado treinta años. Si por el contrario, el que pretende tener una servidumbre no está en posesión en el momento en que reclama su derecho no es suficiente con que produzca su título, si este título tiene más de treinta años. En este punto la naturaleza de la servidumbre ejerce influencia en la prueba. La

1 Pardessus, t. 2º, ps. 166 y siguientes, núm. 308.

servidumbre discontinua no se ejerce por sí misma; la producción del título no prueba, pues, el uso de la servidumbre; de aquí se deduce que como nada prueba qué actos haya poseído, tócale á él probar que sí ha poseído; su contrario nada tiene que probar.

Esta doctrina está aceptada por los autores y por la jurisprudencia. Sin embargo, se ha combatido ante la corte de casación por el procurador general Delangle (1). Apoyándonos en la autoridad de este excelente jurisconsulto será como expongamos nuestras dudas y objeciones. A nosotros nos parece que en la opinión generalmente adoptada se deroga el principio elemental escrito en el artículo 1315, de dispensar al actor que haga la prueba para hacerla recaer en el demandado, y no se alegan otros motivos para justificar esta derogación que las presunciones que no están escritas en la ley.

Merlín ha sido el primero que invoca la presunción formulada por el art. 2234 (2). A nuestro juicio, él la extiende. Yo tengo un título que tiene más de treinta años de fecha, y tengo la posesión; nada tengo que probar. Nosotros oceptamos la decisión, pero rechazamos la presunción del art. 2234 en la cual se funda. Esta disposición supone que el poseedor actual *pruebe* haber poseído anteriormente. Ahora bien, ¿cómo rinde la prueba en la doctrina de Merlín? Produciendo su título. ¿Y acaso el título prueba la prescripción? El título establece el derecho que se tiene para ejercer la servidumbre, pero no prueba ciertamente que se haya ejercido este derecho. Luego el actor no está dentro de los términos de la presunción, á su favor no tiene más que su título, porque su posesión actual no

1 Véase el análisis y las condiciones de Delangle, en Dalloz, en la palabra "Prueba," p. 886.

2 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Uso," pfo. 9º, núm. 3 (t. 16, p. 300), seguido por Demolombe, t. 12, p. 569, núm. 1015, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 21.

prueba que haya poseído anteriormente. Nace ahora la cuestión de saber cuál es la fuerza probatoria del título. ¿Es suficiente la producción del título cuando tiene más de treinta años de fecha, para desechar la prueba en el contrario? En nuestra opinión sí, en la opinión general no. Este es el punto importante del debate, y debemos detenernos en él unos instantes.

Hemos dicho que el que reclama una servidumbre, aun cuando no estuviese en posesión, nada tiene que probar á no ser la existencia de aquel derecho, y que rinde dicha prueba produciendo su título. El título, en efecto, establece que hay una servidumbre. ¿Por qué se rechaza ésta? Vamos á oír las respuestas que se dan en la opinión general, las cuales están muy lejos de concordar; los partidarios de esta opinión realmente no están de acuerdo sino en un punto, y es que todos invocan presunciones que la ley ignora. Escuchemos primero á la corte de casación (1).

El título que produce el actor tiene más de treinta años de fecha, por lo tanto él debe probar que su derecho no se ha extinguido, porque el título se reduce á un no-título: tales son las expresiones de la sentencia. ¿Por qué se extingue el título? Porque ha permanecido sin ejecución, al menos durante los treinta años anteriores á la demanda. ¿Y qué es lo que prueba que el título haya estado sin ejecución? Que el actor no tiene la posesión actual, dice la corte, luego no puede prevalerse de la presunción del art. 2234. Evidentemente que no puede; ¿pero qué es lo que esto prueba? Que no tiene á su favor más que su título. ¿Por

1 Sentencias de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Daloz, "Prueba," núm. 52), y 6 de Febrero de 1833 (Daloz, "Prescripción," núm. 315); sentencia de denegada apelación, de 3 de Abril de 1833, 11 de Junio de 1834 y 3 de Junio de 1855, (Daloz, "Uso," núm. 190, 2º y 4º). Compárese Bruselas, 13 de Agosto de 1846 (*Pasjesia*, 1848, 2, 278).

qué decide la corte que este título se convierte en un no-título? ¿Por presumir que el actor no ha poseído, se puede inferir que no ha poseído? En esto viene á parar el razonamiento de la corte y de Merlin. Nosotros contestamos desde luego con Delangle: El actor no tiene que probar más que una cosa, su derecho, y hace esta prueba al producir su título. No puede reducirse á la nada este título sino cuando se prueba que no se ha puesto en ejecución, que no se ha usado durante treinta años; esto es ciertamente una excepción que se opone al actor; luego al demandado, que es el que pretende que el título se ha extinguido por el no-uso, es á quien corresponde probarlo. Añadamos que la corte y Merlin crían una presunción de hecho contra el que produce su título cuando no posee. El promotor fiscal Lasagui nos cita á Pardessus, y ¿qué dice Pardessus? Cuando el título tiene más de treinta años no es suficiente para probar el derecho del actor, porque éste puede haber pedido su derecho por el no-uso; esto mismo es *presumible*, puesto que no disfruta en el momento en que reclama (4). Hé aquí la *presunción*. ¿en dónde se halla escrita? Esta es una simple probabilidad que el actor podría combatir con otras probabilidades. Remitimos este debate al legislador, él sólo puede crear presunciones fundándose en probabilidades. En cuanto á las presunciones imaginadas por Merlin y Pardessus las rechazamos, porque la ley no las consagra. Merlin y la corte de casación hacen decir al art. 1234 lo que no dice, al transformar una presunción de posesión en una presunción de no-uso, y Pardessus cría una presunción de no-uso fundada en una simple probabilidad.

Proudhon tiene también su explicación que difiere de la doctrina que acabamos de exponer, por más que del

1 Pardessus, t. 2º, p. 171, núm. 368).

mismo modo venga á parar en decidir la cuestión por medio de presunciones. El invoca el antiguo proverbio "in pari causa possessor potior habery debet". El actor no está en posesión de la libertad de su predio, luego el demandado nada tiene que probar, y la prueba incumbe al actor (1). Nuestra respuesta es muy sencilla. ¿En dónde se dice que el poseedor nada tiene que probar? La posesión es un puro hecho, y éste no tiene otras consecuencias en derecho que las que la ley le atribuye; ¿y en dónde está la ley que dispense al poseedor de la prueba y la haga recaer en su contrario? Aquí hay una nueva presunción contra el que no posee. El actor tiene un título que prueba su derecho de servidumbre, que prueba por consiguiente, que la heredad del demandado no está libre. ¿Cómo se destruye esta prueba? Por una presunción inherente á la posesión. Rechazamos esta presunción, porque la ley la ignora. Ahora bien, desde el momento en que no hay presunción, quedamos bajo el imperio de los principios formulados por el art. 1315: habiendo probado un derecho el actor, al reo corresponde probar que este derecho está extinguido.

¿Se dirá que esto equivale á forzar al demandado á que rinda una prueba imposible, puesto que consiste en probar que el actor no ha usado de su derecho? Ahora bien, existe un viejo proverbio que dice que jamás puede uno ser obligado á probar una negativa. Señalamos la objeción porque la hacen á cada paso. Uno de nuestros legistas más viejos, Beaumanoir, ha hecho la observación de que no es imposible la prueba negativa, y que es más ó menos difícil; pero como lo ha dicho en nuestro debate el promotor de la corte de casación, la dificultad de una prueba no es una razón para excusarla á aquél á quien

1 Proudhon y Curasson "Tratado de los derechos de uso, t. 11, p. 24, núm. 603.

corresponde rendirla según la ley. Hay, pues, que dejar los tales proverbios que nuestro código no conoce. Quedan en pie los principios que imponen al demandado la obligación de probar el fundamento de su excepción, lo que decide la cuestión contra el poseedor del predio sirviente.

Núm. 3. Efecto de la prescripción.

318. Cuando queda probada la falta de uso durante treinta años, el derecho se extingue; así lo dice el art. 706. Síguese de aquí que aun cuando después de los treinta años el propietario del predio dominante hubiese ejercido la servidumbre, no por ello deja de haberse extinguido. Dicho propietario se halla en la posición del que nunca ha tenido derecho; si continúa ejerciendo la servidumbre extinguida, él podrá adquirir una servidumbre nueva por una posesión trentenaria, siempre que sea continua y aparente, si es discontinua ó no aparente, se necesitará un nuevo título.

319. Este principio recibe, no obstante, una restricción. El hecho de que el propietario sufra el ejercicio de la servidumbre después de extinguida, puede implicar una renuncia á los efectos de la prescripción. El art. 2220 permite que se renuncie á la prescripción adquirida. No es necesario que la renuncia sea expresa; el art. 2221 acepta la renuncia tácita en el caso en que un hecho avanzado por aquél en cuyo provecho se adquiere la prescripción suponga el abandono del derecho adquirido. El código no deroga estos principios en el título de las *Servidumbres*; luego está fuera de duda que el dueño del predio sirviente puede renunciar tácitamente al beneficio de la prescripción por la cual se ha liberado su predio. Pero no hay que creer que todo acto de posesión implique renuncia de su derecho. Toda renuncia es de estricta interpretación; el

que renuncia á la prescripción abdica un derecho, enagena; y difícilmente se puede admitir que el que tiene un derecho, lo enagene. En materia de servidumbre, hay un motivo más para no admitir fácilmente una renuncia, porque su resultado es gravar con servidumbre un predio que estaba exento. Es, pues, preciso que el hecho de que se prevalean contra el propietario del predio sirviente sea de tal naturaleza que no pueda dársele otra significación que la voluntad de renunciar. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

Núm. 4. Influencia de la indivisibilidad sobre la prescripción.

320. Al exponer los principios generales sobre las servidumbres, hemos dicho que son ellas indivisibles, en el sentido de que no pueden adquirirse ni perderse por partes. Lo son, además, en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y en que gravan cada parte de la heredad sometida (2). El código consagra algunas consecuencias de la indivisibilidad en materia de prescripción. Antes de exponerlas, recordaremos lo que antes hemos dicho. Existen servidumbres que son divisibles en el sentido de que puede dividirse la utilidad que ellas procuran, así como el gravamen que de ellas resulta, número 281. Si la heredad dominante pertenece pro-indiviso á varios co-propietarios, el goce de uno de ellos impide la prescripción respecto á todos, art. 709. La corte de casación ha aplicado este principio en un caso en que se ponía en duda la indivisibilidad del derecho. Se habían establecido varias fábricas en un canal al que un río procuraba el agua. El canal y la compuerta que las trans-

1 Pardessus, t. 2º, p. 116, núm. 286. Demolombe, t. 12, p. 308, número 795 y p. 572, núm. 1019. Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 285).

2 Véase el tomo 7º, núms. 156-157.

mitían á los diversos molinos pertenecían en común á los dueños de las fábricas; cada uno empleaba la totalidad del agua y en seguida la transmitía á las fábricas inferiores. En un punto del canal existía una toma de agua en provecho de una ciudad, la cual en 1802 practicó otra nueva. Uno de los dueños de fábricas intentó un pleito contra la ciudad, y lo ganó. En 1853, la ciudad compró una concesión de agua de los herederos de aquél que había mandado suprimir la toma de agua. Entonces pidieron su supresión los demás dueños de fábrica. La ciudad opuso la prescripción, porque la toma de agua existía desde 1802; los actores rechazaron la excepción sosteniendo que la prescripción había sido interrumpida por la acción que uno de los propietarios del canal había intentado contra la ciudad. Aceptada esta defensa por el tribunal de primera instancia, fue desechada por la corte de Lyon.

La corte no pone en duda el principio, porque está escrito en el art. 709; pero dice que no se aplica sino cuando la servidumbre es indivisible por naturaleza; mientras que, en el caso de que se trata la indivisibilidad resultaba del convenio. Su sentencia fué casada. La distinción que hace la sentencia atacada entre la indivisibilidad natural y la convencional es arbitraria; la ley ignora. Como lo expresa muy bien la corte de casación, cada uno de los molineros tenía el derecho á la totalidad del agua del canal; la indivisibilidad de su derecho resultaba del modo de su ejercicio y del objeto que se habían propuesto todas las partes al poner los sitios en el estado en que se hallaban. Incontestable era la consecuencia. Uno de los fabricantes había interrumpido la prescripción; poseyendo derecho por el todo, necesariamente había él interrumpido la prescripción por el todo, luego había conservado todo el derecho (1).

1 Sentencia de casación, 12 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 498).

321. Si entre los co-propietarios del predio dominante hay alguno contra quien no haya podido correr la prescripción, como un menor, el habrá conservado el derecho de todos los demás. Tales son los términos del art. 710. El menor, dice Pothier, siguiendo á Dumoulin, exime al mayor. Se reputa que él goza por el derecho solo de estar al abrigo de la prescripción con motivo de su incapacidad; él conserva el derecho, puesto que su incapacidad le impide que perezca: es así que le corresponde todo el derecho, luego está conservado todo el derecho (1). Esto es una consecuencia lógica de la indivisibilidad. ¿Pero no es la consecuencia una de esas sutilizas que tanto se echan en cara á nuestra ciencia? El derecho no se ha ejercido durante treinta años, y no obstante, se ha conservado. Que lo esté en provecho del propietario incapaz, se comprende; pero ¿por qué ha de aprovecharse este motivo enteramente personal á los propietarios capaces? En esto se atriba la sutileza del derecho de la cual se lamentan. Demante dice, y con razón, que la equidad, en el presente caso, está de acuerdo con el rigor de los principios. Supuesto que el incapaz conserva su derecho, é integro, el propietario del predio sirviente no tiene interés en impedir que los demás lo ejerciten, puesto que no se tiene como agravación de la carga el número de personas que usan la servidumbre (2).

322. La aplicación del art. 710 ha originado una dificultad que divide á la doctrina y á la jurisprudencia. Una sucesión permanece indivisa cinco años; uno de los co-herederos es menor, por lo que contra él no corre la prescripción, y conserva los derechos de servidumbre debidos al inmueble hereditario. Se verifica la partición y el predio

1 Pothier, "Costumbre de Orleans," art. 226, nota 2. Demolombe, t. 12, p. 355, núm. 996.

2 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 bis, 1º

dominante toca en suerte al lote de uno de los herederos mayores. ¿Puede éste prevalerse de la suspensión de la prescripción por los cinco años que ha durado la indivisión? La corte de Amiens y de Nancy habían decidido que la suspensión de la prescripción aprovechaba al heredero. Estas sentencias han sido casadas, porque violan el artículo 883. Según este artículo, se supone que cada co-heredero ha sucedido solo é inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote y que nunca ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Este principio es absoluto, dícese; como la ley no hace ninguna distinción, hay que aplicarlo al caso previsto por el artículo 710. De esto resulta que se reputa que el co-partícipe en cuyo lote ha venido á parar el predio dominante, ha tenido la propiedad de éste, desde el momento en que se abrió la testamentaria; luego la partición borra la indivisión, en el sentido de que la co-propiedad resultante de la indivisión se tiene por no haber existido jamás; en consecuencia, el propietario del predio dominante no puede decir que este inmueble ha sido poseído pro-indiviso, y que la minoría de los comunistas ha suspendido la prescripción de la servidumbre, porque se considera que el menor nunca ha sido propietario del inmueble; luego queda desvanecido el efecto que produce la minoría tanto como el derecho de propiedad indivisa. Admitir que los efectos de la indivisión sobreviven á la partición, es reducir á la nada el principio establecido por el art. 883; si se ha suspendido la prescripción, hay que decir que el predio dominante ha sido durante cinco años la propiedad del heredero menor; ahora bien, el art. 883 dice lo contrario: el heredero menor jamás ha sido propietario de dicho inmueble (1).

1 Sentencias de casación, de 2 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 21), y de 29 de Agosto de 1833 (Daloz, 1853, 1, 230).

Esta doctrina no ha sido bien recibida, todos los autores la combaten (1), y nosotros nos afilamos á su parecer. La corte de casación reduce á la nada el art. 710 en provecho del 833, y atribuye á éste una trascendencia que no debe tener. Desde luego hay que fijarse en un punto: ¿es realmente cierto que el principio del art. 883 borra la indivisión y todo lo que se hizo mientras estaba indivisa la sucesión? Supongamos que uno de los co-herederos haya ejercido la servidumbre durante la indivisión; su goce, dice el art. 710, impide la prescripción respecto de todos. La partición en cuya virtud la heredad dominante queda en el lote de uno de sus co-herederos ¿borrará este goce, en el sentido de que el heredero que ha ejercido la servidumbre se tenga por no haberla ejercido, y que, en consecuencia, la prescripción haya corrido á pesar de su goce? La sentencia de 1845 llega hasta este punto, puesto que acienta como principio que el inmueble jamás ha sido objeto de una posesión común antes de la partición, y que después de ésta ya no se permite invocar la posesión común. Aquí la corte va demasiado lejos. La posesión es un hecho; y una vez llevado á cabo un hecho no se desvanece; esto no podría tener lugar sino en virtud de una ficción sin texto. Ahora bien, el art. 883 norma un punto de derecho: ¿la partición es translativa del derecho de propiedad, ó es declarativa? Tal es la única cuestión resuelta por el art. 883; éste reglamenta la transmisión del derecho, y no se ocupa del hecho; luego no se puede decir con la corte de casación que desvanezca la posesión indivisa. De hecho han poseído los herederos, han recogido los frutos; todos estos hechos subsisten. Luego ha habido una posesión común, actos de goce, y éstos han producido algunos efectos; ¿y la partición va á reducir á la nada unos hechos

1 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 bis, 2º Demolombe, t. 12, página 537, núm. 999 (Dalloz, *Servidumbre*, p. 322, núm. 1231).

consumados y los efectos producidos? Que el legislador puede llegar hasta este punto, no lo negamos, pero sí que lo haya hecho.

Los arts. 709 y 710 se resisten á semejante interpretación. Cuando el legislador dice en el art. 709 que el goce de uno de los co-herederos impide la prescripción respecto de todos, habría debido esperar que terminase la indivisión, supuesto que no hay indivisión perpetua; luego dispone no sólo para el periodo de la indivisión, sino definitivamente; la prescripción se interrumpe para siempre y no por uno ó dos años. En la doctrina de la corte de casación, al contrario, deja de ser cierto que la prescripción esté impedida respecto de todos, porque no lo está respecto al que ha disfrutado. Así, pues, la corte altera el art. 709 tanto como el 710. Este dice en términos enérgicos que la minoría *conserva* el derecho de los demás; según la corte de casación esto querría decir que el derecho de los demás se *conserva* durante uno ó dos años por todo el tiempo que dure la indivisión: ¿y á esto se llama *conservar un derecho*? Quien dice *conservar*, dice conservar para siempre: un derecho que no está aniquilado por la partición no es un derecho conservado.

La corte previó la objeción y resueltamente sacrificó los derechos de los herederos pro-indiviso, éstos están reglamentados por el art. 883; en cuanto á los arts. 709 y 710, dice la sentencia de 1853, no se aplican á una indivisión temporal, la cual está destruida por la partición; ellos disponen para el caso de una co-propiedad permanente y definitiva, tal como lo es la propiedad de un canal que aprovecha á varias fábricas. Nosotros contestamos que la corte introduce en la ley una distinción que el texto ignora, una distinción que tiende á restringir una disposición general para no aplicarla sino á casos sumamente raros,

siendo así que el legislador ha deducido una consecuencia general de la indivisibilidad. ¿Y cuál es la hipótesis que se ha tenido presente cuando se trata de la indivisibilidad de las servidumbres? La muerte, la indivisión de la herencia, la partición de ésta. ¿Cómo creer que el legislador haya tenido presente un caso de tal manera raro que es excepcional, cuando asienta una regla sobre una materia que sólo tiene interés práctico en caso de herencia?

¿Qué importa? dice la corte. La restricción que no se halla en el texto de los arts. 709 y 710 resulta del 883. Este artículo es absoluto, dice la sentencia del art. 1845. En esto hay un nuevo error, según nuestra opinión. Cierto es que el art. 883 establece una ficción; según los verdaderos principios, la partición es translativa de propiedad. ¿Por qué resuelve la ley que es declarativa? Para impedir que los actos de disposición hechos durante la indivisión den lugar á acciones recusorias. Tal es el objeto de la ficción, el objeto único; y ¿acaso no es de estricta interpretación toda ficción? ¿no debe limitarse á los efectos que el legislador ha tenido presentes? La posesión y el goce son hechos que el legislador no ha querido destruir, porque ningún motivo tenía para hacerlo. Luego el art. 883 es extraño á las disposiciones de los arts. 709 y 710, en éstos no se trata más que de posesiones de goce, la ficción que considera la partición como declarativa de propiedad nada tiene de común con el ejercicio de una servidumbre; luego subsisten los arts. 709 y 710. Nosotros mantenemos también el art. 883, pero limitándolo al objeto para el cual se ha establecido.

323. Otra dificultad se presenta en esta difícil materia. Los arts. 709 y 710 consagran algunas consecuencias de la indivisibilidad de las servidumbres. Existen servidumbres que son divisibles, en opinión de todos los autores. ¿Deben aplicarse á estas servidumbres las reglas con-

cernientes á la interrupción de la prescripción durante la indivisión? A primera vista, parece que la cuestión implica una tradición lógica: ¿se concibe que se extiendan á servidumbres divisibles principios que emanan de la indivisibilidad de las servidumbres? Sin embargo, los autores aplican los arts. 709 y 710 á todas las servidumbres, sin distinguir entre las que son divisibles y las indivisibles (1). Esta interpretación, por absurda que parezca, se justifica por los textos. El código no dice que las servidumbres son indivisibles, no dice que los arts. 709 y 710 no son aplicables sino á las servidumbres indivisibles. Luego el intérprete se encuentra frente á un texto absoluto, y ¿puede permitírsele que distinga cuando la ley no lo hace? Ciertamente que sí podría hacerlo, si el código asentara el principio de la indivisibilidad de las servidumbres; pero es difícil limitar disposiciones generales cuando la ley no establece ninguna regla sobre la indivisibilidad. Esto es lo que se puede decir á favor de la opinión general. Nosotros, no obstante, preferiríamos la interpretación contraria; es demasiado contradictorio aplicar á servidumbres que son divisibles, reglas que sólo tienen sentido para las servidumbres indivisibles. ¿Qué importa que el código no diga que las servidumbres son indivisibles? Implícitamente lo dice, y lo dice en los artículos mismos que se querrían aplicar á las servidumbres divisibles: la necesidad de distinguir resulta, pues, de los principios mismos que el código establece, porque en otros términos dice: siendo indivisibles las servidumbres, la prescripción queda necesariamente interrumpida y suspendida por la totalidad. Lo que equivale á decir que, si hay servidumbres divisibles, la interrupción se operará por partes así como la suspensión.

1 Demante, t. 2º, p. 664, núm. 568 bis, 1º. Demolombe, t. 12, página 536, núms. 997 y 998.

324. Los arts. 709 y 710 suponen que hay indivisión. Después de la partición del predio dominante, hay tantas servidumbres como partes divididas; cada una de estas servidumbres se conservará y se extinguirá según el derecho común, sin que uno de los propietarios parciales pueda invocar ni el goce ni la minoría de otro propietario. Acerca de este punto no hay duda alguna (1).

Núm. 5. Prescripción del modo de la servidumbre.

I. Principio.

325. El art. 708 dice que "el modo de la servidumbre puede prescribir como la servidumbre misma y de idéntica manera." Esta disposición, colocada con la sección que trata de la extinción de las servidumbres, parece que no se aplica sino al caso en que se extingue por el no-uso un modo más ventajoso de ejercer la servidumbre, cuando el propietario del predio dominante usa de un modo menos ventajoso. Puede presentarse la inversa: el que no podía usar sino de un modo poco ventajoso en virtud de su título, usa de un modo más ventajoso; ¿este nuevo modo se adquirirá por la prescripción? (2). Cuando la servidumbre es discontinua, ni siquiera puede plantearse la cuestión. Mi título me da el derecho de pasar á pie únicamente, y yo paso durante treinta años á caballo ó en carruaje: ¿habré adquirido este modo más ventajoso por la prescripción? Nó, porque las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por la prescripción; ahora bien, el modo forma parte de la servidumbre, y las razones que han hecho que no se admita la prescripción de las servidumbres discontinuas se aplican también al modo de ejer-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 106 y nota 22, y los autores que citan.
2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 254, núm. 369. Demolombe, t. 12, p. 237, núm. 734.

cerlas. Yo no tengo más que el derecho de pasar á pie, y mi vecino permite que yo pase á caballo ó en carruaje; más que probable es que esto sea por tolerancia y por relaciones de buena vecindad. No puedo ya prevalerme de una posesión semejante ni para extender una servidumbre ni para adquirirla.

Cosa distinta es cuando la servidumbre es continua. Como la servidumbre misma puede adquirirse por la posesión, lo mismo debe respecto al modo de ejercerla. Se entiende que cuando se ha adquirido la servidumbre por medio de la prescripción. Yo he prescrito una servidumbre de vista poseyendo treinta años dos ventanas. Mi vecino puede oponerse á que yo abra una tercera; pero si la abro y mi vecino la deja subsistir durante treinta años, habré adquirido por prescripción el derecho de tener una tercera ventana. En efecto, durante esos treinta años yo habría podido adquirir el derecho de abrir tres ventanas, con mayor razón he podido adquirir el derecho de abrir una tercera. Cuando el modo de la servidumbre está establecido por título esto no impide que se adquiera un modo más ventajoso por la prescripción, siempre por el mismo motivo: y es que como puedo adquirir la servidumbre misma por la posesión, también por ella puedo adquirir un modo más ventajoso de ejercerla. Se objeta que esto equivale á prescribir contra el propio título, lo que no puede ser según la disposición del art. 2240. Nos maravilla haber encontrado esta objeción en la obra de Demante, y ver que insiste en ella. Dunod, en el antiguo derecho, la contestó ya, haciendo notar que en el caso de que se trata se posee y se prescribe más allá del título, lo que permiten los principios más elementales. Por otra parte, basta leer el art. 2240 y las disposiciones que preceden para convencerse de que el proverbio invocado por Demante sólo concierne á los poseedores precarios. Ya an-

tes hemos hecho la observación. Si la repetimos es porque uno de nuestros buenos autores se ha dejado extraviar por una objeción que á lo sumo debería embarazar á los discípulos (1).

326. El modo de las servidumbres prescribe, además, en el sentido de que éstas pueden ser reducidas por la prescripción extintiva. No era así en derecho romano; se conservaba toda la servidumbre, aun cuando no se usare todo el derecho. El que había usado de un camino más angosto que el designado por el título, conservaba, no obstante, todo su derecho tal como lo establecía la concepción (2). Pothier reproduce la doctrina romana. "El propietario del predio dominante, dice él, aun cuando no haga más que una parte de lo que su derecho de servidumbre le daba derecho á hacer en el predio sirviente, no por esto deja de conservar su derecho en toda su integridad" (3). Domat, al contrario, enseña que las servidumbres se ven reducidas por la prescripción á lo que de ellas se ha conservado por la posesión durante el tiempo requerido para prescribir. Y cosa singular, apoya esta decisión en una ley romana; basta leerla para convencerse de que se ha engañado (4). Los autores del código han seguido á Domat. ¿Y han obrado así porque les pareciese más razonable su opinión ó porque creyesen que tal era la doctrina tradicional? Lo ignoramos. De cualquiera manera que sea, hé ahí un principio nuevo que se ha introducido en el código á causa de la errónea interpretación de una ley romana. Ducaurroy dice que el sistema romano era

1 Demante, t. 2º, p. 662, núm. 567 bis, 1º.

2 Dupret, "De la modificación de las servidumbres por la prescripción." ("Revista de derecho francés y extranjero," 1843, t. 3º, ps. 821 y siguientes.

3 Pothier, "Introducción al tit. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 18.

4 Domat, "De las leyes civiles," lib. 1, tit. XII, sec. IV, núm. 5. Compárese Dupret, en la "Revista," p. 822.

mucho más sencillo que el sistema francés, que da lugar á muchas dificultades. Hay que decir más, á nuestro juicio: el principio romano es más jurídico y aun más equitativo. Las servidumbres no se estipulan por fracciones, sino por el todo; luego no pueden perderse por fracciones, se conservan por el todo y por el todo se pierden. ¿No es más equitativo que se conserven por el todo, cuando se usan de una manera cualquiera? Las servidumbres se establecen para utilidad del predio dominante, si esta utilidad no exige que yo use de todo mi derecho ¿por qué se quiere obligarme so pena de perderlo parcialmente? El modo, después de todo, es un derecho y no una obligación: ¿no debo estar en libertad para usar de mi derecho como se me ocurra y como lo exija la utilidad de mi predio?

Que el principio nuevo sea ó nó equitativo y justo, la ley lo consagra, y hay que aceptarlo con todas sus consecuencias. ¿Y es esto lo que siempre han hecho los intérpretes? Esto es lo que vamos á ver.

II. Aplicación.

327. La prescripción del modo de las servidumbres es adquisitiva unas veces, y otras extintiva; en un solo y mismo caso, el modo antiguo puede extinguirse, mientras que es dudoso que se haya adquirido el nuevo modo. De aquí surgen las dificultades. Apartemos desde luego una hipótesis primera en la cual no hay duda alguna: no se ha usado del todo de la servidumbre á la cual se tenía derecho, y se ha usado otra servidumbre que es discontinua. En este caso, hay más que extinción del modo, hay extinción de la servidumbre por el no-uso durante treinta años, sin que se haya adquirido la nueva servidumbre que se ha ejercido, porque siendo discontinua no puede adquirirse por la prescripción. Pothier aduce un notable ejemplo. Tengo derecho

á sacar agua del pozo de mi vecino, y por consiguiente, de pasar por su predio, y paso por la heredad sirviente durante treinta años sin sacar agua. En este caso yo he perdido por el no-uso el derecho de sacar agua, y no he adquirido la servidumbre de paso, servidumbre muy diferente que no se adquiere por la posesión, y que además está extinguida como accesorio de la servidumbre principal. Todos están de acuerdo en este punto (1).

328. Cuando lo único que se cuestiona es el modo de la servidumbre, hay que distinguir si es continua ó discontinua. Si es continua, la aplicación del art. 708 se hace con facilidad. Yo gravo mi predio con la servidumbre de no edificar; levanto una construcción en una parte del predio, y mi vecino la deja subsistir durante treinta años; la servidumbre se extinguirá en parte y en parte se conservará, y no gravará más que la parte no edificada del predio sirviente. Yo tengo derecho á abrir tres ventanas en mi pared y no abro más que dos; por el no uso habré perdido el derecho de obrir una tercera ventana; el modo de la servidumbre se restringirá por la prescripción extintiva. ¿Será lo mismo si el título me da derecho á abrir tantas ventanas como y quiera? ¿y si no abro más que dos, no puedo abrir otras nuevas después de treinta años contados desde la fecha de mi título? Están divididas las opiniones. Nosotros creemos que en esta hipótesis la cuestión no es de restringir el modo por la prescripción; porque el modo no es fijo, ni limitado, y al no abrir más que dos ventanas, no puede decirse que yo lo fije; el título abandona todo á mi voluntad, y esta es cambiante, luego el modo también lo será. Se objeta que yo no conservo el derecho de aumentar el número de ventanas sino durante treinta años

1 Pothier, "Introducción al tit. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 18. Demante, t. 2º, p. 661, núm. 567. Demolombe, t. 12, p. 576, núm. 1024.

contados desde el día en que abrí las primeras. Esta interpretación de la voluntad de las partes nos parece muy arbitraria, porque restringe un derecho que seguía la intención de aquéllas y no admite ninguna restricción. ¿Se dirá que, en esta opinión, el modo jamás prescribirá, siendo que la ley quiere que prescriba? Nosotros contestamos que hay derechos que son imprescriptibles, á los que se da el calificativo de derechos de pura facultad, porque pueden ó no usarse según convenga. Ahora bien, en el presente caso, mi título me da un derecho que varía de un día para otro según mis caprichos; en esto no hay base para la prescripción (1).

329. Las servidumbres discontinuas se extinguen por la prescripción, pero no pueden adquirirse ni extenderse por esta vía. De aquí una dificultad acerca de la cual están divididos los mejores autores. Yo tengo el derecho de pasar á pie, á caballo ó en carruaje; durante treinta años sólo á pie paso. Hay una opinión rigurosa que decide que ya he perdido el derecho que tenía á pasar á caballo ó en carruaje. Nosotros creemos que esta opinión tiene á su favor la letra y el espíritu de la ley. El título me da tres modos de usar de mi derecho, no ejerzo más que uno de ellos; luego sólo este conservo; en cuanto á los demás, como no los he usado, se han extinguido por prescripción. Porque el modo se extingue por prescripción, y en el caso de que se trata el modo se ha restringido por una posesión restringida. Dupret ha combatido esta opinión, que antes de él era la adoptada con generalidad, y excelentes ingenios se han adherido á su manera de ver. ¿No equivale ésto á reproducir la doctrina romana? El que usa de la servidumbre, dicen, en la medida de sus necesidades y de sus con-

1 Véase las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 531, número 994.

veniencias la conserva íntegramente, por más que no haya hecho lo que estaba autorizado á hacer. Y precisamente lo que han rechazado los autores del código es el principio romano. Lo que parece que decidió á Dupret á admitir la interpretación que él da al art. 708, son las consecuencias absurdas á que conduce la aplicación literal de la ley. Todo razonamiento, dice él, es vicioso cuando viene á parar en consecuencias de las que algunas, por lo menos, son inadmisibles (1). El razonamiento, sí, pero la interpretación de una ley nó. En el caso de que se trata, los autores del código civil han asentado un principio que ellos creían verdadero y que resulta falso. Un principio falso tiene que conducir á consecuencias que es difícil aceptar. ¿Y es ésta una razón para rechazar las consecuencias? Téngase mucho cuidado, porque eso equivaldría á rechazar el principio ó á alterarlo, lo que el intérprete jamás puede hacer, porque equivaldría á que hiciera la ley.

330. Los autores que han adoptado la interpretación, la más amplia del art. 108, admiten, no obstante, una restricción. Lo que les ha inducido á aproximarse al principio romano, es que el dueño del predio dominante debe gozar de cierta libertad de acción, al usar de su derecho conforme á las necesidades de su heredad. Pero si el que tenía derecho á pasar á caballo ó en coche ha pasado á pie, por haberse reducido el camino y héchose impracticable para caballos y carruajes, no puede entonces decirse que él ha ejercido todo su derecho, el cual ha sufrido una restricción, por lo que habrá extinción del derecho de pasar á caballo ó en coche. Del mismo modo, yo quiero pasar á caballo ó en curruaje; el propietario del predio sirviente

1 Dupret, en la "Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3º, ps. 823 y siguientes. Aubry y Rau, t. 3º, p. 108 y nota 25, y los autores en sentido diverso que ellos citan.

se opone á ello; si yo me contengo ante esta oposición, vuelvo á entrar todavía al principio general, tal como lo formula el art. 708; se extinguirá el modo más ventajoso de la servidumbre, porque no se ha usado de él.

331. El sitio por el cual se ejerce una servidumbre es concerniente también al modo; luego, en razón, había que aplicar el principio del art. 708. Yo tengo derecho á pasar por tal punto de tu predio, y por espacio de treinta años paso por el punto opuesto. ¿Cuál será el efecto de esta posesión en mi derecho? Claro es que yo no he adquirido por prescripción el nuevo modo, puesto que la servidumbre es discontinua. Pero puede sostenerse que el antiguo modo ha prescrito, supuesto que yo lo he usado. La consecuencia es grave, y es una de aquellas ante las cuales Dupret ha retrocedido, y en pos de él excelentes juriconsultos. Sin embargo, el razonamiento es lógico; no es la razón la que se equivoca, sino la ley, y el primer deber del intérprete es respetar esta última. En este punto también los partidarios de una interpretación más equitativa hacen una concesión al rigor de los principios; ellos distinguen si el señalamiento del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre es limitativo ó demostrativo; en el primer caso, admiten que la servidumbre misma se extingue, puesto que en realidad no ha sido usada, y la nueva no se ha adquirido, puesto que la servidumbre es discontinua (1). La distinción es arbitraria y se presta á lo arbitrario; con la mayor frecuencia las partes se limitan á indicar el sitio, sin que se pueda saber si es ó nó en sentido restrictivo; de lo que resulta que la interpretación que el juez dé á la voluntad de las partes tendrá por efecto mantener la servidumbre ó extinguirla. Si se pudiera consultar la intención de las partes, se llegaría á un principio

1 Demolombe, t. 12, p. 587, núm. 1031. Aubry y Rau, t. 2º, página 109 y nota 28

muy diferente del art. 708: el modo es siempre algo accidental, y cómo lo accidental ha de influir en el mantenimiento ó la extinción de la servidumbre? En definitiva, lo malo aquí es el principio de la ley; unos lo aceptan con todas sus consecuencias y otros retroceden. Hé aquí por qué son insolubles estas controversias.

La jurisprudencia ha consagrado la interpretación más equitativa, nos limitamos á hacerla constar. Después de haber dado oídos al derecho estricto, escuchemos á la equidad. La corte de casación asienta el principio en estos términos: "como es bien patente que la servidumbre de paso no puede adquirirse sino por título, el modo de ejercicio de la servidumbre debe estar siempre en relación de conformidad con el título que la constituye." Este es principio que, aplicado lógicamente, arruinaría la doctrina que estamos combatiendo, muy á nuestro pesar. Pero la jurisprudencia no reconoce regla absoluta. La corte añade que el principio se aplica al caso en que el título menciona *taxativamente* el punto de la heredad sirviente por donde debe practicarse el paso; estando la servidumbre limitada y circunscrita en su modo de acción, puede extinguirse por el no-uso durante treinta años, sin que el uso ni aun trentenario sea eficaz para conquistar legalmente el derecho de paso por otro punto del predio sometido, puesto que este nuevo paso ya no sería conforme al título. Pero, continúa la corte, la situación cambia cuando el título concede la servidumbre en términos generales que no impliquen su ejercicio sobre una parte especial del predio sirviente; en este último caso, el título es obedecido, aun después de que haya cambiado el asiento de la servidumbre (1). Queda por saber cuándo es *taxativa* la mención del sitio y cuando no lo es; cuestión de hecho que los

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 26).

jueces resolverán según la intención de las partes, lo que le procura el medio de mantener siempre la servidumbre. En ello no veríamos un gran mal, si no fuera el artículo 708, que se interpreta tan bien que se le borra del código.

Las decisiones de la corte de apelación son de una incontestable equidad. En un caso juzgado por la corte de Caen, el punto por el cual se había ejercido el paso de un modo contrario al título era menos oneroso para el predio sirviente, porque el camino era menos largo (1). El rigor del derecho habría exigido que se hubiese declarado extinta la servidumbre. De este modo el propietario del predio dominante habría perdido su derecho por haber tenido consideraciones al predio sometido, por haber prestado un servicio á su vecino. Este es un rigor que jamás sancionarán los tribunales; el legislador es el que ha hecho mal en establecer un principio cuya aplicación es imposible.

332. Hay una última dificultad en esta ardua materia. El tribunal decide que el señalamiento del sitio no era *taxativo*, mantiene la servidumbre pero por dónde se ejercerá? grande es el embarazo de los partidarios de una interpretación equitativa del art. 708. El antiguo modo se ha extinguido por el no-uso; el nuevo uso se ha adquirido. Se volverá al señalamiento primitivo, dicen unos, y ¿con qué derecho, supuesto que se ha extinguido? Dupret concede la elección al propietario sirviente, y con qué derecho? A Demolombe parecele más sencillo mantener el nuevo modo: un nuevo modo adquirido por la posesión, cuando se trata de una servidumbre discontinua. ¿Por esto se ve cuán cierto es que al desviarse del rigor del derecho, se hace la ley, y cada uno, naturalmente, la ha-

1 Caen, 24 de Julio de 1865 (Daloz, 1866, 2, 190). Compárese Lieja, 13 de Abril de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 244).

ce á su antojo! ¡No existe un modo legal de ejercer la servidumbre, y no obstante, preciso es que se encuentre uno! La única vía legal, á nuestro juicio, para salir de este laberinto, es que las partes pidan al juez un reglamento de la servidumbre, porque ellas se encuentran en la misma posición en que estarían si el título hubiese caído acerca del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre, el juez decidirá.

§ IV.—DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN NO PREVISTAS
POR LA SECCION IV.

Número 1. *Espiración del tiempo. Resolución. Revocación.*

333. Existen causas de extinción que no están previstas por la sección IV, y que se derivan del derecho común. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por la espiración del tiempo para el cual se otorgó. En el título de las *Servidumbres*, la ley no menciona esta causa de extinción. Y es porque el usufructo es temporal por su esencia; mientras que la perpetuidad es la naturaleza de la servidumbre, como en otro lugar de esta obra lo hemos dicho (t. VII, núm. 154). Pero como la perpetuidad no es un carácter esencial de las servidumbres, nada impide que se estipule por cierto tiempo. El mismo código establece una servidumbre temporal, el paso en caso de enclave (número 110). Del mismo modo, las partes podrían convenir en que la servidumbre se limitase á la duración de la vida del propietario actual de la heredad dominante. Parece á primera vista, que una cláusula semejante sería contraria al art. 686 que prohíbe que se imponga una servidumbre á favor de la persona; aunque vitalicia, la servidumbre está constituida á favor del predio. Se podrá también limitar la servidumbre por el tiempo que el propietario del predio dominante conservase su propiedad. Lo único que

la ley prohíbe es que se estipulen las servidumbres en provecho de la persona. Por último, las partes pueden permitir al propietario del predio sirviente la redención del gravamen que pesa sobre el predio, para lo cual es preciso una cláusula expresa, porque según el derecho común las servidumbres no son redimibles (1).

334. La propiedad, aunque perpetua por naturaleza, es á veces revocable, anulable. Pasa lo mismo con los derechos reales. A las servidumbres se aplica lo que hemos dicho en el título de la *Propiedad* y en el título del *Usufructo* (t. VI, núms. 104-113, y t. VII, núm. 87).

335. El código dice que los que no tienen en un inmueble sino derechos resolubles ó rescindibles no pueden consentir más que una hipoteca sujeta á resolución ó á rescisión. Esto es de derecho común; no puede uno conceder á otro más derechos de los que uno mismo tiene (2).

Núm. 2. *De la renuncia.*

336. Como cada cual puede renunciar los derechos que se han establecido á su favor, compréndese que el propietario de la heredad dominante puede renunciar la servidumbre establecida en provecho de su predio (art. 622). La renuncia puede, en principio, ser expresa ó tácita, á menos que la ley haga de ella un acto solemne. Esto lo hemos dicho ya en título del *Usufructo* (t. VII, núm. 74). Allí examinamos también la cuestión de saber si la renuncia debe ser aceptada por el propietario del predio sirviente (núm. 72).

337. No siendo la renuncia expresa un acto solemne, permanece bajo el imperio de los principios generales que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 64 y notas 17, 18, y las autoridades que citan.

2 Véase lo que dijimos en el título del "Usufructo," t. 7º, número 88.

ce á su antojo! ¡No existe un modo legal de ejercer la servidumbre, y no obstante, preciso es que se encuentre uno! La única vía legal, á nuestro juicio, para salir de este laberinto, es que las partes pidan al juez un reglamento de la servidumbre, porque ellas se encuentran en la misma posición en que estarían si el título hubiese caído acerca del sitio por donde debe ejercerse la servidumbre, el juez decidirá.

§ IV.—DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN NO PREVISTAS
POR LA SECCION IV.

Número 1. Espiración del tiempo. Resolución. Revocación.

333. Existen causas de extinción que no están previstas por la sección IV, y que se derivan del derecho común. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por la expiración del tiempo para el cual se otorgó. En el título de las *Servidumbres*, la ley no menciona esta causa de extinción. Y es porque el usufructo es temporal por su esencia; mientras que la perpetuidad es la naturaleza de la servidumbre, como en otro lugar de esta obra lo hemos dicho (t. VII, núm. 154). Pero como la perpetuidad no es un carácter esencial de las servidumbres, nada impide que se estipule por cierto tiempo. El mismo código establece una servidumbre temporal, el paso en caso de enclave (número 110). Del mismo modo, las partes podrían convenir en que la servidumbre se limitase á la duración de la vida del propietario actual de la heredad dominante. Parece á primera vista, que una cláusula semejante sería contraria al art. 686 que prohíbe que se imponga una servidumbre á favor de la persona; aunque vitalicia, la servidumbre está constituida á favor del predio. Se podrá también limitar la servidumbre por el tiempo que el propietario del predio dominante conservase su propiedad. Lo único que

la ley prohíbe es que se estipulen las servidumbres en provecho de la persona. Por último, las partes pueden permitir al propietario del predio sirviente la redención del gravamen que pesa sobre el predio, para lo cual es preciso una cláusula expresa, porque según el derecho común las servidumbres no son redimibles (1).

334. La propiedad, aunque perpetua por naturaleza, es á veces revocable, anulable. Pasa lo mismo con los derechos reales. A las servidumbres se aplica lo que hemos dicho en el título de la *Propiedad* y en el título del *Usufructo* (t. VI, núms. 104-113, y t. VII, núm. 87).

335. El código dice que los que no tienen en un inmueble sino derechos resolubles ó rescindibles no pueden consentir más que una hipoteca sujeta á resolución ó á rescisión. Esto es de derecho común; no puede uno conceder á otro más derechos de los que uno mismo tiene (2).

Núm. 2. De la renuncia.

336. Como cada cual puede renunciar los derechos que se han establecido á su favor, compréndese que el propietario de la heredad dominante puede renunciar la servidumbre establecida en provecho de su predio (art. 622). La renuncia puede, en principio, ser expresa ó tácita, á menos que la ley haga de ella un acto solemne. Esto lo hemos dicho ya en título del *Usufructo* (t. VII, núm. 74). Allí examinamos también la cuestión de saber si la renuncia debe ser aceptada por el propietario del predio sirviente (núm. 72).

337. No siendo la renuncia expresa un acto solemne, permanece bajo el imperio de los principios generales que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 64 y notas 17, 18, y las autoridades que citan.

2 Véase lo que dijimos en el título del "Usufructo," t. 7º, número 88.

rigen toda manifestación de voluntad. Así es que no se necesita escrito. Pero no puede oponerse á los terceros sino cuando se ha registrado la escritura en que consta (Ley hipotecaria, art. 1).

La jurisprudencia nos presenta un ejemplo singular de una renuncia expresa que, aunque parcial, extingue todo derecho. Se establece sobre un predio una servidumbre de abrevadero y de pasturaje. En una época en que el estanque estaba sin agua, se divide el predio sirviente en tre varios propietarios. El dueño del predio dominante exonera de la servidumbre, con descargo de volver á poner el agua en el estanque sirviente, á aquél á quien pertenecía la porción del estanque en donde se hallan la compuerta y el malecón. La corte de casación juzgó que la servidumbre había cesado de existir aun respecto á los que no habían sido partes en el convenio, luego en provecho de todo el predio sirviente. Esto casi no tenía duda en lo concerniente al derecho de abrevadero. No hay estanque sin compuerta y sin malecón, por lo que renunciar al restablecimiento de la compuerta y del malecón, equivale á declarar extinguida la servidumbre de abrevadero. ¿Pero no subsistía la de pasturaje? Nó, porque no se había estipulado como servidumbre distinta que gravase un prado. El predio sometido era un estanque, y el pasturaje se ejercía cuando ese estanque estaba en seco; luego el pasturaje era una dependencia de la servidumbre que gravaba el estanque. Consentir en que no se restableciera el estanque, era renunciar á la servidumbre, supuesto que ya no había predio sirviente (1).

338. La renuncia tácita resulta de un hecho que implica la intención de renunciar. Preciso es que el hecho no pueda recibir otra interpretación; desde el momento en

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 337).

que hay duda, ya no puede admitirse la renuncia, porque el consentimiento no es más que presumible, y nunca se presume que el que posee un derecho quiera abdicarlo. Se pretendía ante la corte de Bruselas que el dueño del predio dominante había renunciado tácitamente al mantenimiento de la anchura primitiva de un camino de paso, porque él había visto construir la pared que usurpaba su derecho. La corte no admitió la renuncia, porque el silencio del propietario podía tener otra explicación; la usurpación era de poca consideración, y aquél muy bien había podido no percibirla. En realidad, él reclamó desde que la pared estuvo construida (1).

Habría renuncia tácita si el propietario del predio dominante autorizase ciertos trabajos que redujesen á la nada la servidumbre ó que la restringiesen. Yo tengo en el predio de mi vecino una servidumbre de no edificar y lo autorizo para que construya; esta autorización implica renuncia, porque es imposible interpretarla de otra manera (2). Pero si en lugar de consentir en el establecimiento de tales obras, dejo hacer sin reclamar ¿mi consentimiento tiene que equivaler á renuncia? Existe un viejo proverbio que así lo dice; pero hay que verlo con desconfianza, ó al menos aplicarlo con inteligencia. No porque yo me esté callado, siempre puede inferirse que consentimiento, mi silencio no equivale á consentimiento sino cuando me veo forzado á manifestar una voluntad cualquiera que ella sea, á decir que sí ó que nó; teniendo interés en decir que nó, si no lo hago, se considera que he dicho que sí. Pero en el caso de que se trata ¿qué es lo que me obliga á hablar? La ley habla por mí. En efecto, el art. 707 decide que aun cuando se haya celebrado un acto contrario

1 Bruselas, 27 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 29). Demolombe, t. 12, p. 602, núm. 1041.

2 Demolombe, t. 12, p. 602, núm. 1041, y los autores que cita.

á la servidumbre, se necesita además que pasen treinta años para que se extinga la servidumbre. Así, pues, sólo mi silencio prolongado durante treinta años, en presencia de trabajos contrarios á mi derecho, es lo que implica una renuncia á la servidumbre (1).

Sin embargo, la cuestión se debate, y existen sentencias en sentido contrario. En una de la corte de Bruselas se lee que el propietario del predio dominante se tiene por haber redimido tácitamente la servidumbre cuando permite que su vecino levante ó conserve ciertos trabajos que impidan el ejercicio del derecho: esto resulta *ex natura rei*, dice la corte, y se funda en varias leyes romanas, así como en la doctrina de los autores, principalmente de Voet (2). Gran respeto profesamos á Voet y al derecho romano, pero más todavía á la ley que nos rige; ahora bien, el art. 707 se halla en oposición con la opinión de Voet, y no permite que se invoque la *naturaleza de las cosas*, motivo que es de tal modo vago que nunca habría que prevalerse de él, sobre todo cuando se trata de renuncia.

Demolombe dice que debería establecerse una excepción á la regla en el caso en que el propietario del predio dominante no sólo hubiese visto y dejado hacer, sino que positivamente hubiese aprobado y autorizado los trabajos, dirigiéndoles él mismo, porque hecho semejante debe evidentemente considerarse como una renuncia de la servidumbre (3). A decir verdad, esto no es una excepción, sino más bien la aplicación de la regla. En efecto, aquí no se trata ya del silencio del propietario de la heredad dominante; él asienta un hecho, por lo que los tribunales tienen derecho á examinar si tal hecho implica consentimiento.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 110 y nota 30, y las autoridades que ellos citan.

2 Bruselas, 12 de Febrero de 1823, y 27 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1828, p. 53 y 1829, p. 29).

3 Demolombe, t. 12, p. 604, núm. 1043.

El caso se ha presentado ante la corte de Bruselas. El propietario de un castillo disfrutaba de la servidumbre de prospecto en un predio vecino en donde había una fábrica de papel. Se agregó á éste un almacén. De aquí una querrela. No fué aceptada la reclamación. No solamente se había levantado el almacén á ciencia y pasiencia del actor, esto no habría sido suficiente, según el art. 707, sino que él mismo había dado consejos é instrucciones mientras duraron los trabajos; desempeñando en cierto modo funciones de arquitecto, él había trazado los alineamientos de la construcción. En esto había una serie de hechos que implicaban una renuncia (1).

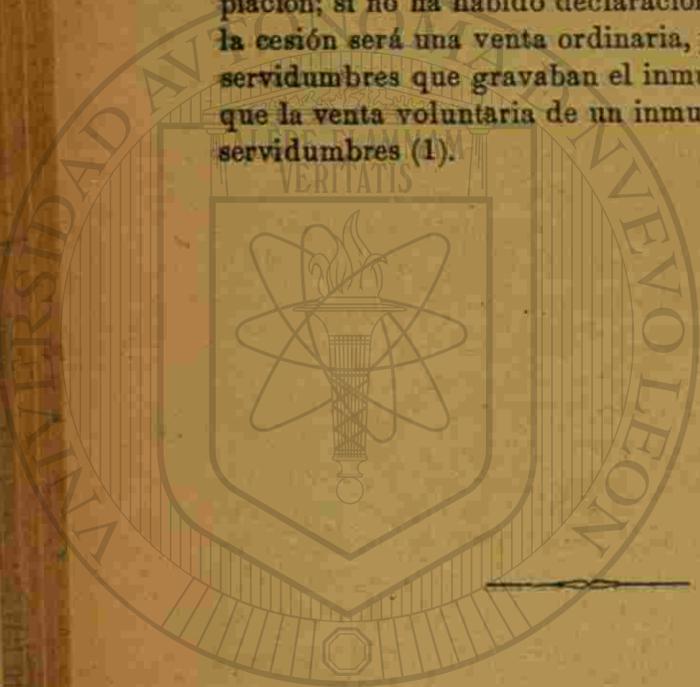
Núm 3. De la expropiación por causa de utilidad pública.

339. Los inmuebles que se expropian por causa de utilidad pública quedan libres de todos los gravámenes que se reportan, supuesto que éstos serían incompatibles con el destino que deben tener los predios expropiados. Ya se entiende que los que se aprovechan de la extinción tienen derecho á una indemnización; esto es de derecho común. La única cuestión que tenemos que examinar es la de saber desde qué momento se extinguen las servidumbres. La corte de casación ha decidido que el fallo que pronuncie la expropiación tiene como necesaria consecuencia la expropiación de los derechos reales y principalmente de las servidumbres que gravan al inmueble expropiado (2). Pasa lo mismo con los fallos que extienden acta á un propietario de su consentimiento en la cesión del inmueble por causa de utilidad pública. Pero en este punto hay que hacer una restricción. Nada impide que los propie-

1 Bruselas, 17 de Abril de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 171).

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, 9 de Febrero y 12 de Mayo de 1863 (*Dalloz*, 1863, 1, 254 y 255).

tarios cedan sus terrenos para trabajos públicos antes de haberse llenado las formalidades prescritas para la expropiación; si no ha habido declaración de utilidad pública, la cesión será una venta ordinaria, y por consiguiente, las servidumbres que gravaban el inmueble subsistirán, porque la venta voluntaria de un inmueble no extingue las servidumbres (1).



DIRECCIÓN GENERAL

1 París, 27 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 5, 167)

APENDICE
AL LIBRO II DEL CODIGO NAPOLEON

TITULO V.

DE LA ENFITEUSIS (1).

CAPITULO PRIMERO.

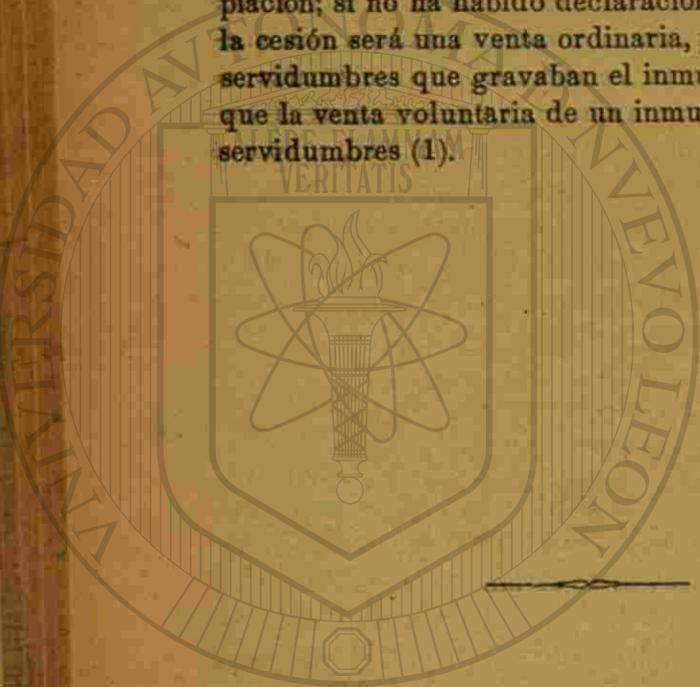
Nociones generales.

§ I.—ORIGEN DE LA ENFITEUSIS.

340. El código no trata de la enfiteusis, no la menciona entre los derechos reales que se enumeran en el art. 543, ni entre los derechos inmobiliarios que son susceptibles de hipotecas (art. 2118). De aquí se han originado serias dudas acerca de la cuestión de saber si la enfiteusis existe todavía en el derecho francés, á título de derecho real inmobiliario. En nuestra legislación belga, la duda no existe: una ley de 10 de Enero de 1824 ha llenado el vacío que se notaba en el código civil, y ha mantenido la enfiteusis con los caracteres esenciales que ella tenía en el antiguo derecho. Esto nos ahorra entrar en la controversia

1 Pepino Le Hallenr, "Historia de la enfiteusis en el derecho romano y en el francés." París, 1843 (Memoria convocada por la facultad de derecho de París). Hay también una monografía sobre el derecho romano: "Zusaria Quidonis et clari de jure emphyteutico tractatus," 1575, 8°.

tarios cedan sus terrenos para trabajos públicos antes de haberse llenado las formalidades prescritas para la expropiación; si no ha habido declaración de utilidad pública, la cesión será una venta ordinaria, y por consiguiente, las servidumbres que gravaban el inmueble subsistirán, porque la venta voluntaria de un inmueble no extingue las servidumbres (1).



DIRECCIÓN GENERAL

1 París, 27 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 5, 167)

APENDICE
AL LIBRO II DEL CODIGO NAPOLEON

TITULO V.

DE LA ENFITEUSIS (1).

CAPITULO PRIMERO.

Nociones generales.

§ I.—ORIGEN DE LA ENFITEUSIS.

340. El código no trata de la enfiteusis, no la menciona entre los derechos reales que se enumeran en el art. 543, ni entre los derechos inmobiliarios que son susceptibles de hipotecas (art. 2118). De aquí se han originado serias dudas acerca de la cuestión de saber si la enfiteusis existe todavía en el derecho francés, á título de derecho real inmobiliario. En nuestra legislación belga, la duda no existe: una ley de 10 de Enero de 1824 ha llenado el vacío que se notaba en el código civil, y ha mantenido la enfiteusis con los caracteres esenciales que ella tenía en el antiguo derecho. Esto nos ahorra entrar en la controversia

1 Pepino Le Hallenr, "Historia de la enfiteusis en el derecho romano y en el francés." París, 1843 (Memoria convocada por la facultad de derecho de París). Hay también una monografía sobre el derecho romano: "Zusaria Quidonis et clari de jure emphyteutico tractatus," 1575, 8°.

que se agita siempre en el dominio de la doctrina; la jurisprudencia se ha decidido por el mantenimiento de la enfiteusis. Es importante que conste el hecho, porque de él resulta que las sentencias y los autores que aceptan la enfiteusis pueden invocarse en Bélgica para la interpretación de la ley de 1824. Esta ley formaba un título del nuevo código civil que iba á ponerse en ejecución cuando la revolución de 1830 puso término al reino de los Países Bajos. Lo mismo pasa con una ley de la misma fecha concerniente á la *superficie*. La publicación anticipada de los dos títulos del código de los Países Bajos, prueba que se experimentaba la necesidad de una ley que disipara las dudas que habían originado el silencio del código Napoleón. ¿Pero no se han forjado ilusiones sobre la importancia de esta materia? Al hacerse el examen preparatorio del título de la enfiteusis, una sección había propuesto que todo el título se redujese á un sólo artículo. Se lee en las respuestas del gobierno á las observaciones de las secciones de la segunda cámara de los Estados generales: que la enfiteusis era una materia importante y que debía dársele el desarrollo que merecía. No se realizaron esas previsiones. Nosotros no sabemos si las enfiteusis son frecuentes en las provincias septentrionales del antiguo reino de los Países Bajos. Ciertamente es que en Bélgica la jurisprudencia casi enmudece; á penas se encuentran algunas decisiones sobre la materia en la colección que publica los fallos pronunciados por los tribunales de primera instancia. Esta es una razón para no extendernos al tratar de un derecho que se ha mantenido en la tradición, pero que ya casi no tiene razón de ser (1).

1 Nos limitamos á citar la última sentencia, de 26 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 145). Véanse las autoridades en Daloz, en la palabra "Alquiler enfiteutico," núms. 3 y 4. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 400, núm. 491, y Aubry y Rau, t. 2º, p. 452, párrafo 224 bis.

341. La enfiteusis es una especie de arrendamiento por largo plazo; no puede celebrarse por menos de veintisiete años, según la ley belga, y no puede pasar de noventa y nueve. Este contrato da al enfiteuta un derecho real en el predio y el pleno goce del inmueble. ¿Cómo es que al lado del arrendamiento ordinario, que también puede contratarse á plazo largo, el legislador ha organizado un arrendamiento á título de derecho real? Nuestros mejores autores, Cujas, Domat, contestan que la enfiteusis se ha establecido por interés de la agricultura. Oigamos á Domat: "como los dueños de heredades estériles no pueden hallar fácilmente arrendadores, se inventó la manera de dar á perpetuidad esta clase de heredades para que fuesen cultivadas, para plantar en ellas ó para mejorarlas de cualquiera otra manera así como lo indica la voz enfiteusis. A merced de este convenio, el propietario del predio halla, por su parte, su ventaja al asegurarse una renta cierta y perpetua; y el enfiteuta, por su parte, obtiene ventaja en emplear su trabajo y su industria para cambiar la faz de la heredad y sacarle fruto." (1) Este motivo casi no justifica la enfiteusis. En nuestro derecho moderno, el arrendamiento puede también celebrarse por noventa y nueve años. Y si no es fértil la tierra, la renta será otro tanto más módica. Así, pues, los arrendamientos comunes ofrecen las mismas ventajas que los arrendamientos por enfiteusis.

Para descubrir las razones que han hecho que se introduzcan los arrendamientos enfiteuticos, hay que remontarse al estado social del imperio romano en cuya época se originaron. La historia tradicional relata que los bárbaros destruyeron el imperio y la antigua civilización. A decir verdad, la sociedad se estaba muriendo, se extinguía de

1 Domat, "Leyes civiles," lib. I. tit. IV, sec. X, p. 69. Comparese Davergier, "Del arrendamiento," núm. 142.

inanición. En nuestros días la población crece en tales proporciones que á veces han infundido terror á los economistas. En tiempo del imperio, la población decrecía, las casas se venían al suelo por falta de habitantes, los campos permanecían incultos porque ya no había cultivadores. Por esto era que no se hallaban arrendadores. Y no obstante, entonces más que nunca eran necesarios, porque ya no había pequeños propietarios. Se conoce el grito de alarma de Plinio. Los *latifundia* han traído la ruina de Italia, y están en camino de producir la de las provincias. La Italia, esta antigua madre de las cosechas, ya no producía trigo bastante para alimentar á sus escasos habitantes. En nuestros días la propiedad raíz se solicita con una especie de pasión. El código atribuye al Estado los bienes vacantes y sin destino. Disposición ociosa, dicen todos los comentadores, á menos que se trate de una sucesión en desherencia, ya no hay inmuebles abandonados. Mientras que, cuando el imperio, las tierras permanecían sin labrar, y se abandonaban, porque por falta de brazos para cultivarlas, no había medio de sacarles algún provecho (1). En esta decadencia, ó mejor dicho, en esta decrepitud, inauguraron la enfiteusis para atraer cultivadores. Esto fué un expediente, dice el historiador de la enfiteusis, pero no un remedio (2). Si hubiera habido cultivadores, también habría habido arrendadores. El mal era irremediable. Fué preciso uno de esos remedios que la Providencia envía á las sociedades que no pueden salvarse por sus propias fuerzas. Dios envió á los bárbaros. Y tan sentían los romanos la necesidad de esta inmensa revolución, que ellos mismos llamaron al imperio

1 Véanse los "Estudios sobre la historia de la humanidad," Roma, (2ª edición).

2 Pepino Le Halleur ("Historia de la enfiteusis," ps. 16, 28, 54, 167).

á los futuros destructores de Roma. Este fué un huracán que, á la vez que destruyó, devolvió la vida á una sociedad moribunda.

342. En la edad media, la enfiteusis cambió de carácter, tanto como la propiedad. La propiedad romana era un derecho absoluto que no toleraba división; bajo la influencia de las ideas feudales, al contrario, el derecho del propietario se fraccionó en pedazos: cada cosa tuvo, por decirlo así, dos propietarios, porque no había tierra sin señor. El señor tenía la propiedad honorífica, el dominio que confería la soberanía, porque también la soberanía se fraccionaba hasta el infinito, siendo todo barón un rey en su baronía. En cuanto á los derechos útiles que la propiedad confiere, pertenecían al vasallo, el cual poseía la tierra y la cultivaba. El contrato usual que establecía esta división de la propiedad se llamaba "arrendamiento á censo." Por medio de este contrato, el propietario de un predio trasladaba á otro su dominio útil por una renta anual y retenía el dominio directo. ¿Qué eran estos dos dominios ejerciéndose sobre una sola y misma cosa por dos propietarios? Pothier contesta: "el dominio directo que tienen los señores de feudo ó de censual sobre las heredades que por ellos son tenidas en feudo ó en censo, es el dominio antiguo, originario y primitivo de la heredad del cual se ha separado el dominio útil por la enagenación que se ha celebrado." Resulta de esta división de la propiedad, continúa Pothier, que el dominio directo no es más que un dominio de superioridad, es decir, el derecho que tienen los señores de darse á reconocer como señores á los propietarios de las heredades de ellos obtenidas, y de exigir ciertos deberes y rentas en reconocimiento de su soberanía. El dominio útil consistía en los derechos que da la propiedad: era el goce pleno é íntegro de la cosa, con cier-

tas cargas que implicaban la superioridad del señor directo.

¿Qué vino á ser la enfiteusis en este orden de ideas? ¡Cosa singular! parecía consagrar esta misma división del dominio, que era el carácter esencial de la propiedad feudal. El arrendador era propietario incontestable; en reconocimiento de su derecho de propiedad percibía una renta semejante al censo feudal. Pero el enfiteuta tenía también una especie de dominio; ¿acaso no se le permitía que enagenase é hipotecase, facultades que sólo corresponden al propietario de la cosa? ¿acaso no tenía el goce pleno del predio enfiteutico? Las expresiones mismas parecían idénticas para designar la enfiteusis y el arrendamiento á censo. En las leyes romanas se leía que el arrendador tenía las acciones *directas* y el enfiteuta las *útiles*, ¿y no era esto el dominio *directo* y el dominio *útil* de la propiedad feudal? Las apariencias tenían que engañar á los legistas en una época en que toda propiedad estaba dividida. Tenemos, dice Boutaric, un contrato que casi no difiere sino en el nombre, de la enfiteusis, y es el arrendamiento á censo. Si es que hay alguna diferencia entre uno y otro, es que no se puede arrendar á censo sino un predio que se posee noblemente; mientras que para arrendar un predio á título de enfiteusis, basta con poseerlo como franco alodio é independientemente de toda señoría directa (1).

Esta confusión de la enfiteusis y del arrendamiento á censo tuvo importantes consecuencias. El arrendador era propietario, pero su derecho no era otra cosa que un dominio de superioridad, es decir, el derecho que tenía el arrendador de hacerse reconocer propietario antiguo, originario y primitivo, y de exigir ciertos deberes y rentas reconocitivas de su antigua calidad. En cuanto al dominio

1 Boutaric, "Comentario sobre las Institutas de Justiniano," libro III, tít. XXIV, pfo. 3. Pothier, "Tratado de la propiedad," número 3.

útil pertenecía al enfiteuta. Luego éste era también propietario; como la palabra lo indica y como Pothier lo explica, el dominio útil encerraba todo lo que hay de útil en una heredad, como es percibir los frutos y disponer de ellos á discreción. Hé aquí la propiedad feudal. La confusión pasó al lenguaje. Los romanos llamaban *pensión ó canon* á la renta que el enfiteuta debía pagar al arrendador; en la edad media se le dió el nombre de censo ó censual, prestación que en el derecho feudal era la señal de la señoría directa perteneciente al arrendador (1).

343. Tal es el origen de la división del dominio en directo y útil, que hace gran papel en la historia y en la teoría de la enfiteusis. Nacida del régimen feudal, le sobrevivió así como los efectos civiles del feudalismo se mantuvieron muchos siglos después de que el feudalismo político cedió el paso á la monarquía absoluta. Nada tan tenaz como las tradiciones jurídicas; el derecho es una faz de la vida, y ésta se transforma muy lentamente. De aquí las singulares teorías de los jurisconsultos en los países de costumbres; estaban ellos criados en el respeto al derecho romano, pero éranles también caras las tradiciones consuetudinarias. Así se explica su tendencia para identificar dos derechos esencialmente diferentes, el derecho romano y el derecho feudal. Domat mantiene la división de la propiedad entre el arrendador y el enfiteuta, dándole colorido romano. El admite que la enfiteusis opera una translación de propiedad, por más que el arrendador siga siendo propietario. Hé aquí como entiende él esta división que para un jurisconsulto romano habría sido incomprensible. El que arrienda un predio en enfiteusis sigue siendo el dueño respecto á gozar de la renta, como fruto de su propio predio, lo que le conserva el principal derecho de propie-

1 Salvaing, en Merlin, "Cuestiones de derecho," en las palabras "Renta propiedad, Renta señorial," pfo. 14, núm. 2.

dad, que es el de disfrutar á título de dueño. Y el enfiteuta, por su parte, adquiere el derecho de transmitir la heredad á sus sucesores á perpetuidad, de venderla, de donarla, de enagenarla, con el gravamen de los derechos del arrendador, y de plantar en ella, edificar y hacer otros cambios que él discorra para mejorarla, todo lo que es otros tantos derechos de propiedad. Los derechos de propiedad que retiene el dueño y los que pasan al enfiteuta se distinguen comunmente, prosigue Domat, con las expresiones de "propiedad directa" que se da al derecho del dueño, y "propiedad útil" que se da al derecho del enfiteuta. Domat escribía según los principios del derecho romano; así es que trata de dar colorido romano á una teoría que es esencialmente feudal. El arrendador, dice él, es el primer dueño del predio, conserva su derecho originario de propiedad, á reserva de lo que transmite al enfiteuta. Y éste adquiere el derecho de gozar y disponer, con el gravamen de los derechos reservados al dueño del predio. Así es como Domat concilia los pasajes de las leyes romanas en los cuales se llama unas veces al enfiteuta y otras se le niega esta calidad (1).

Otro jurisconsulto, el último que haya escrito sobre materias feudales, Henrion de Pansy, no vacila en atribuir al derecho romano la división de la propiedad en dominio directo y útil, distinción que forma el carácter esencial de la teoría tradicional de la enfiteusis. Si la palabra no está en el derecho romano, sí está la cosa. En efecto, el enfiteuta tenía la acción de reivindicación *útil*; ahora bien, el propietario es el único que puede reivindicar, luego al enfiteuta se le consideraba como propietario. El arrendador, por su parte, tenía la acción de reivindicación *directa*, signo de la propiedad superior que se reservaba en el predio, y que nunca se le ha disputado. Así es como la dis-

1 Domat, "Leyes civiles," lib. I, tit. IV, sec. X, núms. 5 y 6.

tinción que los romanos habían establecido entre la *acción útil* y la *acción directa*, respecto á heredades arrendadas en enfiteusis, produjo la distinción entre el *dominio directo* y el *dominio útil*; ya no se decía que el tomador tenía la acción útil, sino que tenía el dominio y la propiedad útil. Domat agrega que Coquille fué el primero que dió esta explicación de una cosa que ha embarazado mucho á los autores, hasta el punto de haber creído varios que la distinción de la señoría directa y de la propiedad útil era una invención de los antiguos francos ó de alguno de los pueblos que desmembraron el imperio romano (1). A Merlin le parece que la demostración nada deja que desear; es, pues, según él, un punto claro que la distinción de la propiedad en dominio directo y en dominio útil tiene su origen en las leyes romanas (2).

344. Tiempo es ya de restablecer la verdad en lugar de ese derecho y de esa historia de pura fantasía. La doctrina romana había sido expuesta desde el siglo diez y seis por dos jurisconsultos eminentes, Cujas y Doueau. Este último, sobre todo, emplea especial esmero en establecer los verdaderos principios; tenía en su contra la tradición de la edad media y á todos los intérpretes del derecho consuetudinario, que era feudal en su esencia. Fácil le es demostrar que el arrendador era propietario; los jurisconsultos y las constituciones imperiales jamás se daban otro nombre. Ahora bien, si el arrendador es propietario, es imposible que lo sea el enfiteuta: ¿acaso no está escrito en las leyes romanas y no nos lo dice la razón, que no podría haber dos propietarios de una sola y misma cosa, porque el derecho absoluto de uno de ellos excluye el derecho absoluto del otro? Por esto se dice que los enfi-

1 Henrion de Pansy "Disertaciones feudales," en la palabra "Censo," pfo. 6°

2 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo V, núm. 1, (t. 6°, p. 275).

teutas, por más que su arrendamiento sea perpetuo, no adquieren la propiedad del predio enfiteutico, aun cuando tengan una acción de reivindicación útil, hasta contra el mismo arrendador (1). ¿No se diría que se expidió esta ley para prevenir la confusión entre la *acción útil* y el *dominio útil*? Pero se dirá, ¿qué cosa es esta propiedad del arrendador? Una palabra vana; todo lo útil de una propiedad pertenece al enfiteuta, luego él es quien, en realidad, posee el dominio útil. La objeción confunde la división de la propiedad en su desmembramiento. Sin duda que el arrendador no tiene ya la propiedad entera del predio que da su enfiteusis; el tomador tiene el derecho de ejecutar ciertos actos de propiedad, actos que son separados del derecho de dominio; pero esto mismo prueba que el derecho de dominio se le queda al arrendador. Y este derecho no es una palabra vana. El arrendador recibe una renta mensual; ¿con qué título? Precisamente porque es propietario y en reconocimiento de su derecho de propiedad. Cuando el enfiteuta enajena su derecho, debe denunciar la enajenación al arrendador, y éste tiene la preferencia; en todo caso tiene derecho á la quincuagésima parte del precio. ¿Por qué? Porque él es el dueño. Por esto es que vuelve á entrar á su pleno derecho de dominio si el enfiteuta no cumple sus obligaciones. El era propietario en el momento en que da su arrendamiento, y conserva el dominio de propiedad por todo el tiempo que dure el arrendamiento. Por esto es por lo que tiene la acción de reivindicación; se le llama directa, porque es la consecuencia y sanción de su derecho de propiedad. El enfiteuta no tiene más que una acción útil, es decir, ficticia; esta misma ficción depone contra él, puesto que ella prueba que, en realidad, él no es propietario. Verdad es que varias constituciones imperiales le dan ese título, pero en ellas

1 L. 1º, D, "si agar vectig."

se trata de predios pertenecientes al patrimonio del príncipe, es decir, de contratos particulares; ésta es una excepción de derecho común, y la excepción confirma la regla (1).

La demostración es decisiva. Pero las preocupaciones se transmiten con más facilidad que las verdades. Más adelante veremos que el error se ha perpetuado en la jurisprudencia francesa; para extirparlo de la ciencia del derecho romano, han sido precisos nuevos esfuerzos. Los nombres que ilustran la ciencia alemana en el siglo diez y nueve hacen que algunas veces se echen en olvido las grandes figuras del diez y seis; la justicia quiere que se reconozca que Thibaut y Vangerow no han hecho más que repetir lo que había dicho el incomparable Doneau, el enfiteuta no es propietario, no tiene más que un derecho real en el predio enfiteutico cuya propiedad queda en manos del arrendador (2).

345. Los antiguos autores hablan por lo común de la enfiteusis como un derecho perpetuo. Tal era, en efecto, la índole ordinaria del arrendamiento enfiteutico; y como en las ideas del derecho consuetudinario implicaba una división de la propiedad, tenía todas las apariencias de la propiedad feudal. No debe, pues, llamar la atención que el legislador revolucionario aboliese la enfiteusis perpetua como viciada de feudalismo (3). Desde entonces ya no podía tratarse de un dominio útil y de un dominio directo, porque esta distinción era esencialmente feudal, y el feudalismo estaba destruido hasta en sus últimos vestigios. Las leyes de la Revolución mantuvieron la enfiteusis temporal; y con tal título ha sido consagrada por la ley bel-

1 Donelli, "Commentaria," lib. IX, cap. XIV, pfs. 26-29 (t. 5º, ps. 378-381, edición alemana).

2 Thibaut, "Civilistische Abhandlungen," núm. 11, y "Versuche," 11, núm. 2. Vangerow, "Pandekten, t. 1º, p. 728, nota.

3 Leyes de 11 de Agosto de 1789, 18 de Diciembre de 1790, y 17 de Julio de 1793.

ga de 1824. ¿Qué cosa es, pues, la enfiteusis conforme al nuevo derecho? En otro tiempo dábase al contrato que la creaba el nombre de arrendamiento enfiteutico; nuestra ley no se sirve de este termino, ella no llama arrendador al que constituye la enfiteusis, sino siempre propietario. Pero también en el arrendamiento ordinario, la ley da á veces el nombre de propietario al que alquile ó arrienda un bien, porque por lo general el propietario es el que consiente el contrato. A pesar del cambio en el lenguaje, la enfiteusis conserva grande analogía con el arrendamiento; se le paga al propietario una renta anual, la duración del arrendamiento puede ser lo mismo que la de la enfiteusis, el arrendatario puede tener autorización para edificar y mejorar. Queda en pié, sin embargo, una diferencia fundamental, y es que la enfiteusis engendre un derecho real, mientras que el arrendamiento no produce más que un derecho de crédito. Aquí vuelve á presentarse la cuestión que hemos planteado: ¿por qué el legislador establece al lado del arrendamiento ordinario un arrendamiento excepcional? ¿La personalidad de uno de los derechos y la realidad del otro son razón suficiente para organizar dos contratos que tienen el mismo objeto en el derecho romano, procurar una renta al propietario y medios de existencia al que cultiva el predio como arrendador ó como enfiteuta?

La cuestión divide tanto á los jurisconsultos como á los economistas. Duvergier dice que la ciencia económica nada ha descubierto más ingenioso ni mejor combinado; Troplong, al contrario, piensa que el contrato enfiteutico no ofrece utilidad sino en excepcionales circunstancias. Demolombe avanza más aun: según él, la enfiteusis no tiene ya razón de ser (1). Say critica el uso de los arrendamientos

1 Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 143. Troplong, "Del arrendamiento," núm. 51. Demolombe, t. 11, p. 407, núm. 49.

mientos enfiteuticos, mientras que Rossi ve en ello un germen de progreso para la economía social, y censura á los autores del código civil por haber abandonado un contrato de esta importancia á las incertidumbres de una jurisprudencia vacilante (1). Nosotros opinamos porque los hechos pongan término al debate. La jurisprudencia francesa reconoce la validez del arrendamiento enfiteutico; en Bélgica está organizado por una ley. ¿Se ha llegado á ver que se multipliquen los tales contratos y que den vigoroso impulso á la agricultura? La práctica los ignora por decirlo así. Nacieron en una época de decadencia universal; porque no se hallaban arrendatarios, fué por lo que se buscaron enfiteutas. En la edad media, la inmensidad de los dominios del clero y de la nobleza requirió la división de la propiedad. Luego la enfiteusis acompaña siempre á un estado anormal de la propiedad raíz. En el orden regular de las cosas, basta con el arrendamiento. Si se mantiene la enfiteusis, es como un último resto de una tradición secular.

§ II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

346. La ley de 10 de Enero de 1824 define la enfiteusis en estos términos (art. 1.º): "La enfiteusis es un derecho real, que consiste en tener el goce pleno de un inmueble perteneciente á otro, con la condición de pagarle una renta anual, sea en dinero, ó en especie, en reconocimiento de su derecho de propiedad." Esta definición nos da á conocer los caracteres que distinguen á la enfiteusis moderna. Ella

1 Say, "Economía política," t. 2º, p. 74. Rossi "Observaciones sobre el derecho civil francés, considerado en sus relaciones con el estado económico de la sociedad" ("Revista de legislación," el artículo se reprodujo en la "Revista de las revistas de derecho," t. 3º, página 45).

ga de 1824. ¿Qué cosa es, pues, la enfiteusis conforme al nuevo derecho? En otro tiempo dábase al contrato que la creaba el nombre de arrendamiento enfiteutico; nuestra ley no se sirve de este termino, ella no llama arrendador al que constituye la enfiteusis, sino siempre propietario. Pero también en el arrendamiento ordinario, la ley da á veces el nombre de propietario al que alquile ó arrienda un bien, porque por lo general el propietario es el que consiente el contrato. A pesar del cambio en el lenguaje, la enfiteusis conserva grande analogía con el arrendamiento; se le paga al propietario una renta anual, la duración del arrendamiento puede ser lo mismo que la de la enfiteusis, el arrendatario puede tener autorización para edificar y mejorar. Queda en pié, sin embargo, una diferencia fundamental, y es que la enfiteusis engendre un derecho real, mientras que el arrendamiento no produce más que un derecho de crédito. Aquí vuelve á presentarse la cuestión que hemos planteado: ¿por qué el legislador establece al lado del arrendamiento ordinario un arrendamiento excepcional? ¿La personalidad de uno de los derechos y la realidad del otro son razón suficiente para organizar dos contratos que tienen el mismo objeto en el derecho romano, procurar una renta al propietario y medios de existencia al que cultiva el predio como arrendador ó como enfiteuta?

La cuestión divide tanto á los jurisconsultos como á los economistas. Duvergier dice que la ciencia económica nada ha descubierto más ingenioso ni mejor combinado; Troplong, al contrario, piensa que el contrato enfiteutico no ofrece utilidad sino en excepcionales circunstancias. Demolombe avanza más aun: según él, la enfiteusis no tiene ya razón de ser (1). Say critica el uso de los arrendamientos

1 Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 143. Troplong, "Del arrendamiento," núm. 51. Demolombe, t. 11, p. 407, núm. 49.

mientos enfiteuticos, mientras que Rossi ve en ello un germen de progreso para la economía social, y censura á los autores del código civil por haber abandonado un contrato de esta importancia á las incertidumbres de una jurisprudencia vacilante (1). Nosotros opinamos porque los hechos pongan término al debate. La jurisprudencia francesa reconoce la validez del arrendamiento enfiteutico; en Bélgica está organizado por una ley. ¿Se ha llegado á ver que se multipliquen los tales contratos y que den vigoroso impulso á la agricultura? La práctica los ignora por decirlo así. Nacieron en una época de decadencia universal; porque no se hallaban arrendatarios, fué por lo que se buscaron enfiteutas. En la edad media, la inmensidad de los dominios del clero y de la nobleza requirió la división de la propiedad. Luego la enfiteusis acompaña siempre á un estado anormal de la propiedad raíz. En el orden regular de las cosas, basta con el arrendamiento. Si se mantiene la enfiteusis, es como un último resto de una tradición secular.

§ II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

346. La ley de 10 de Enero de 1824 define la enfiteusis en estos términos (art. 1^o): "La enfiteusis es un derecho real, que consiste en tener el goce pleno de un inmueble perteneciente á otro, con la condición de pagarle una renta anual, sea en dinero, ó en especie, en reconocimiento de su derecho de propiedad." Esta definición nos da á conocer los caracteres que distinguen á la enfiteusis moderna. Ella

1 Say, "Economía política," t. 2^o, p. 74. Rossi "Observaciones sobre el derecho civil francés, considerado en sus relaciones con el estado económico de la sociedad" ("Revista de legislación," el artículo se reprodujo en la "Revista de las revistas de derecho," t. 3^o, página 45).

difiere de la que da Domat, en dos puntos esenciales. Domat decía que el enfiteuta tenía el derecho de disfrutar y de disponer de la heredad *á perpetuidad*, con la obligación de cultivarla y de *mejorarla*. La ley belga, al contrario, excluye la perpetuidad, porque añade (art. 2): "La enfiteusis no podrá establecerse por un plazo que exceda de noventa y nueve años, ni por uno menor de veintisiete." Más adelante trataremos de la duración del contrato enfiteutico. En cuanto al *mejoramiento*, considerábasele en otros tiempos como esencial en la enfiteusis; todos los autores observan que la palabra griega (1), de la que se deriva el término enfiteusis implica la obligación de mejorar el predio con plantaciones, construcciones ú otros trabajos. Tal, en efecto, ha sido el objeto de la enfiteusis. Pero el mismo Domat reconoce que ésta no era una condición de la enfiteusis. Después de haber dicho que el enfiteuta debe mejorar el predio que tiene en arrendamiento, agrega esta restricción: "Aunque la enfiteusis parezca restringida según su origen, á las heredades infértiles, no por eso dejan de darse por medio de arrendamientos que se llaman enfiteuticos, heredades fértiles es que se hallan en buen estado." Nuestra ley ha consagrado esta innovación. Lo que era una obligación ya no es más que un derecho. Según los términos del art. 5, "el enfiteuta puede *mejorar* la heredad con construcciones, desmontes, plantíos." Déjase entender que el derecho puede convertirse en una obligación, si tal es la voluntad de las partes contrayentes, porque la ley les permite que celebren los convenios que juzguen oportunos, y no exceptúa más que la duración del derecho (art. 17). De aquí resulta que la enfiteusis ha cambiado enteramente de carácter; ya no es un contrato que tiene por objeto mejorar el cultivo, ya de esto no se trata en

1 Domat, "Leyes civiles," lib. I, tit. IV, sec. X, n.º 1. Duvergier "Del arrendamiento," núm. 144, (p. 44, nota 3, de la edición belga)

la definición. El enfiteuta adquiere el goce pleno de la cosa.

347. Sólo quedan dos caracteres de la antigua enfiteusis, uno concerniente á las obligaciones del enfiteuta, el otro relativo á la naturaleza de su derecho. El enfiteuta debe pagar una renta anual; la ley dice que esto es en reconocimiento del derecho de propiedad de aquél á quien la heredad pertenece. Esta renta lleva por lo común el nombre de canon: Es evidente que el canon es de la esencia de la enfiteusis; no sería concebible una enfiteusis sin canon, como una venta sin precio ó un arrendamiento sin renta de alquiler (1). ¿Pero es verdad el decir, como lo hace nuestra ley, que se paga la renta en reconocimiento del derecho de dominio del propietario? Esto así era en la enfiteusis primitiva, cuando su objeto era mejorar tierras incultas; el canon era, por consiguiente, muy módico; no representaba el goce del enfiteuta, sino que más bien era un reconocimiento del derecho de propiedad que le quedaba al arrendador. Ahora bien, la ley belga ya no supone que se den heredades infértiles en enfiteusis, supuesto que no impone al enfiteuta la obligación de mejorar. Así, pues, hay algo contradictorio en la definición que el legislador da de la enfiteusis. Por una parte, esta definición asegura al enfiteuta el goce pleno de una heredad que por lo común será un predio fértil, y por la otra, supone que para el goce pleno de la cosa común no pagará más que una renta módica, que sería menos una renta que un reconocimiento del derecho del propietario. De hecho no es así; el tipo de la renta se fija por el valor del inmueble, y no difiere de los arrendamientos y alquileres sino por el nombre que lleva: la ley la llama renta enfiteutica (artículo 10).

348. El carácter esencial de la enfiteusis, según nuestra

1 Denelli, "Comment," 9, 14, 23 (t. 5º, p. 374).

ley, es que dé al enfiteuta un derecho real en la heredad. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos dejado dicho cuál era la teoría de la antigua jurisprudencia, y cuál es la verdadera doctrina del derecho romano. Esta última es la que nuestra ley consagra. Sin embargo, queda una dificultad, y vamos á ver que es grande. Hay derechos reales más ó menos extensos, y los puede haber que impliquen una verdadera división de la propiedad; el artículo 553 lo supone, y ya veremos algunos ejemplos de esto al tratar de la superficie. La cuestión consiste en saber si el enfiteuta no tiene más que un derecho de goce ó si lo tiene de propiedad. Reina, acerca de este punto, grande incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia francesas; debemos detenernos en este punto, aun cuando no sea sino para saber si se pueden invocar en Bélgica las decisiones de la corte de casación de Francia. En esto tropezamos como adversario un nombre de suma autoridad, Merlin que, á nuestro juicio, es el mejor de los jurisconsultos modernos. Sólo un reproche le dirigimos: nacido y criado en el antiguo derecho, ha permanecido más aún de lo que los legistas lo son habitualmente, el hombre de la tradición. Este defecto se manifiesta, sobre todo, en materia de enfiteusis, que es tradicional por naturaleza; como la tradición se enlaza con el derecho romano á la vez que con el feudal, precisaba dominarlos, penetrándose de su verdadero espíritu; porque hay también preocupaciones tradicionales y Merlin no ha sabido librarse de ellas. Fáltale la ciencia de la historia, como á la mayor parte de los jurisconsultos franceses. Por esto ha sucedido que Merlin reproduzca errores históricos que llama la atención volver á encontrar en la jurisprudencia del siglo diez y nueve. Lo que sirve de excusa á Merlin y á la jurisprudencia es que realmente es grande la dificultad de

precisar la naturaleza del derecho que corresponde al enfiteuta.

Merlin dice que las leyes romanas dan al enfiteuta una acción real, hasta contra el arrendador; le permiten hipotecar el predio que tiene en enfiteusis. Ciertamente que el enfiteuta no podría ni reivindicar ni hipotecar el predio enfiteutico, si no le perteneciera, porque la acción de reivindicación no puede ejercerla más que el propietario, y él solo puede conceder una hipoteca. Sin embargo, las leyes romanas dicen también que el enfiteuta no llega á ser propietario, mientras que de tal califican al arrendador del predio enfiteutico. ¿Cómo conciliar estas decisiones que parecen contradictorias? Hay que suponer, se dice, que el enfiteuta tenía participación en la propiedad del arrendador; de aquí la distinción entre el dominio directo y el dominio útil, el primero en poder del arrendador y el segundo que se transmitía al enfiteuta. Merlin mantiene la distinción, aun después de la abolición de la enfiteusis perpetua; porque el enfiteuta temporal tiene también la acción real, puede también hipotecar, luego es propietario. Merlin podría razonar del mismo modo bajo el imperio de nuestra ley; porque, por los términos del artículo 3, el enfiteuta ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad; puede no solamente enagenar su derecho é hipotecarlo, sino también gravar el predio enfiteutico con servidumbres por todo el tiempo que dure el goce. Luego habría que concluir con él que el arrendador conserva el dominio directo, y que el dominio útil pertenece al enfiteuta (1).

De antemano hemos contestado á dicha argumentación. La distinción del dominio directo y del dominio útil es

1 Merlin "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 5°, núm. 1, (t. 6°, ps. 275 y siguientes). Tal es también la doctrina de Proudhon, "De los derechos de uso," edición de Courasson, t. 1°, p. 394, núm. 382.

una concepción feudal, el derecho romano la ignora; y la teoría del código sobre la propiedad es la del derecho romano. La división del dominio entre el señor directo y el propietario que tiene un dominio útil es un resto del derecho feudal, abolido por la Revolución; sin embargo, la vamos á volver á encontrar en las sentencias de la corte de casación, como si vivieramos aún bajo el imperio del feudalismo. En vano Merlin invoca las acciones reales y el derecho de hipotecar que pertenecen al enfiteuta: el usufructuario tiene también las acciones reales, y puede también hipotecar su derecho; y ¿de esto se deducirá que el usufructuario tiene el dominio útil?

349. Pasemos á la jurisprudencia. Se lee en una sentencia de la corte de casación: "La enfiteusis es un contrato que no debe confundirse ni con el de arrendamiento, ni con el de venta; tiene su naturaleza y produce efectos que le son propios. Sus efectos son *dividir la propiedad* del dominio dado en enfiteusis en *dos partes*: una formada por el *dominio directo*, cuya renta que retiene el arrendador es representativa; la otra parte, llamada *dominio útil*, que se compone del goce de los frutos que produce dicha propiedad. El tomador posee el dominio útil que se le transmite por efecto de esta división, como propietario, pudiendo mientras dura el arrendamiento, disponer por venta, donación, trueque ó de otra manera, con la carga, no obstante, de los derechos del arrendador; pudiendo, por el mismo tiempo, ejercer la acción *in rem* para hacerse mantener con todos los que la perturben, incluso el arrendador" (1).

Hay en esta sentencia una mezcla de error y de verdad. Todo lo que en ella se dice de los derechos del enfiteuta, es la verdad, y sin embargo, la consecuencia que la corte

1 Sentencia de casación, de 20 de Junio de 1822. (Daloz, "Acción posesoria, núm. 534).

deduce es inadmisibile. Si, el enfiteuta ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, como lo expresa la ley belga, art. 3; y sin embargo, esta misma ley dice formalmente que la enfiteusis es un derecho real en un inmueble *perteneciente á otro*, y agrega que en reconocimiento de ese derecho de propiedad es por lo que el enfiteuta paga un censo anual. ¿No es esto decir con toda claridad que el enfiteuta no es propietario? En cuanto á una división de la propiedad en dominio directo y útil, de esto ya no puede hablarse desde el año de 89. ¿Pero si el enfiteuta no es propietario, ¿cómo explicarse que ejerza todos los derechos de propiedad? La dificultad subsiste.

350. Cuando se leen las sentencias de la corte de casación, diríase que está á caza de una explicación que concilie el derecho de propiedad del arrendador con los derechos tan extensos que corresponden al enfiteuta. Una sentencia de 1843 dice que el efecto propio del arrendamiento enfiteutico es *operar la enagenación temporal de la propiedad del inmueble dado en enfiteusis*; que el tomador, hecho así propietario por un tiempo determinado, puede, mientras dure el arrendamiento enfiteutico, disponer del inmueble, objeto del contrato, salvo el ejercicio de los derechos del arrendador, al espirar la enfiteusis (1). La corte de París ha dado otra fórmula de la misma idea; ella dice que la enfiteusis confiere á la vez un *gocce usufructuario* por largos años y una *co-propiedad* entre el arrendador y el tomador; que la propiedad de los bienes dados en enfiteusis se divide en dos partes, una transmitida al tomador, con la facultad, mientras dure su derecho, de disponer de ella (2).

1 Sentencia de casación, de 24 de Julio de 1843 (Daloz, *Registro*, núm. 3034). Véase en el mismo sentido un fallo del tribunal de Lille, en materia fiscal, 3 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 5, 149).

2 París, 10 de Mayo de 1831 (Daloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 9, p. 585).

La idea de una propiedad temporal ó de una co-propiedad á plazo es tan inadmisibile como la de la división de la propiedad entre el arrendador y el enfiteuta. Sin duda que la propiedad puede ser temporal, y de ello tenemos un ejemplo cuando se revoca la donación por causa de ingratitud; el donatario ha sido propietario desde el momento de la perfección del contrato hasta su revocación; pero por todo el tiempo que el donatario ha sido propietario; es claro que el donador no lo era, porque no se concibe que dos personas sean propietarias de una sola y misma cosa en su totalidad. Ahora bien, el arrendador, en la enfiteusis, nunca cesa de ser propietario, supuesto que todos los años el enfiteuta le paga un censo para que reconozca su derecho de dominio. Luego habría que decir con la corte de París que hay co-propiedad temporal en provecho del enfiteuta; pero la co-propiedad no se concibe, así como la propiedad exclusiva, no se concibe en un poseedor que, al pagar cada año un censo, reconoce con esto mismo que el arrendador sólo es propietario; luego él no lo es.

351. En una sentencia posterior á la que acabamos de analizar, la corte de casación dice que el enfiteuta tiene un *cuasi-dominio* (1). La sentencia fué pronunciada á informe de Troplong. Esta expresión de *cuasi-dominio* no es nueva. Cujas y Doneau se sirven de ella para marcar que el enfiteuta ejerce casi todos los derechos que corresponden al propietario. Nuestra ley dice lo mismo. ¿Y esto quiere decir que dicho *cuasi-dominio* sea una propiedad? La expresión, por el contrario, implica que el enfiteuta no es propietario. Así cuando se habla de un *cuasi-usufructo*, espera marcar que este derecho no es un usufructo verdadero. Así era como lo entendían Cujas y Do-

1 Sentencia de denegada apelación, de 12 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 105).

neau; porque después de haber establecido que el arrendador es el único propietario, y que el enfiteuta no lo es, y que ni siquiera tiene el dominio útil, es cuando Doneau agrega que teniendo el enfiteuta el ejercicio de los derechos útiles que se derivan de la propiedad, puede decirse que él tiene un *cuasi-dominio*. Tomada en este sentido la sentencia de 1845 niega que el enfiteuta sea propietario; luego es lo contrario de las decisiones que admiten una división de la propiedad, un dominio útil ó una propiedad temporal. Venimos á parar en la conclusión de que la enfiteusis es en nuestros días lo que era segun Cujas y Doneau, un derecho real, es decir, un desmembramiento de la propiedad (1).

352. En las aplicaciones de principio es en donde se encuentran dificultades que explican las vacilaciones de la corte suprema. El derecho del enfiteuta es real, y puesto que se ejerce en un inmueble, es un derecho real inmobiliario. En consecuencia, debe registrarse para que se pueda oponer á terceros; la ley de 1824 lo dice (art. I) y la nueva ley hipotecaria lo decide implícitamente, supuesto que somete á registro todas las escrituras translativas de derechos reales inmobiliarios. ¿Debe decirse de esto que también la constitución y la transmisión de la enfiteusis estén sujetas al derecho de mutación inmobiliaria? La ley de 22 frimario, año VII no pone tarifa al derecho de enfiteusis. ¿En el silencio de la ley, era preciso asimilar la escritura constitutiva de la enfiteusis á un arrendamiento, ó á una transmisión de propiedad? La oficina del registro se limitó por mucho tiempo á percibir el derecho de arrendamiento ordinario; la jurisprudencia era de la misma opinión, y Championnière la enseña, aun sin discu-

1 Cujas, sobre la ley 74, D., "de rei vind." Doneau, II, 14, 30.

tirla (1). Bajo el punto de vista de los principios, esta doctrina es inadmisibles; por el momento, hace uno abstracción de los textos. Por más que la enfiteusis lleve usualmente el nombre de arrendamiento, el contrato enfiteutico no es un arrendamiento. Zenón así lo decidió. Según la teoría romana, que es la que siempre ha dominado en esta materia, la enfiteusis engendra un derecho real inmobiliario, mientras que el arrendamiento produce un derecho de crédito, derecho esencialmente mobiliario. El goce prolongado del enfiteuta y los extensos derechos de que disfruta establecen aún diferencias entre él y el arrendatario; ¿es concebible que se pague el mismo derecho por un arrendamiento de nueve años que por una enfiteusis de noventa y nueve años? Si la enfiteusis no es un arrendamiento, ¿es entonces un acto translativo de propiedad? Aquí las dudas brotan en tropel. La misma constitución que resuelve que la enfiteusis no es un arrendamiento, resuelve igualmente que no es una venta, y la ley belga es todo lo formal posible: el arrendador sigue siendo propietario; él legislador no le da otro nombre. Si no hay venta, no hay translación de propiedad. ¿O el contrato especial llamado enfiteutico sería translativo de propiedad? La tradición romana protesta contra tal opinión; la práctica misma protesta, puesto que á despecho de la constitución de Zenón, ella se obstina en dar á la enfiteusis el nombre de arrendamiento. Por último, la definición de la ley belga, que no hace más que formular el derecho anterior, repele toda idea de un traslado de propiedad: acabamos de decirlo.

La corte de casación cambió de jurisprudencia, y por

1 Véanse las autoridades en Dalloz, en la palabra "Registro," núms. 1831 y siguientes. Sobre la doctrina de los autores y de la administración de Bélgica, véase á Bastiúé, "Teoría del derecho fiscal," p. 163, núm. 369.

consiguiente la oficina del registro modificó su doctrina. En el día está aceptado que el arrendamiento enfiteutico y las mutaciones que puede experimentar están sometidos á los derechos debidos por los actos translativos de propiedad. Nosotros respetamos la jurisprudencia y la práctica, pero con una condición, y es que se funden en los verdaderos principios. Se lee en una sentencia de casación de 1850 que el efecto del arrendamiento en dos partes, la una que conserva el arrendador, la otra que pertenece al tomador. Esto es una afirmación; ¿en donde esta la prueba? El tomador, dice la corte, posee el derecho que le es transmitido por esta división, como propietario; puede disponer de él por venta, donación, trueque, puede darlo en hipoteca. Esto es verdad, pero lo mismo es absolutamente del usufructo; ¿quiere decir esto que el usufructuario sea propietario del inmueble de que disfruta? Y si no lo es, á pesar de los derechos que ejerce ¿por qué el enfiteuta había de serlo? La sentencia agrega que las construcciones que el tomador eleva en el predio enfiteutico son, como el goce del predio mismo, su propiedad por todo el tiempo que dure el arrendamiento. Nuestra respuesta es siempre la misma: lo que la corte dice de la enfiteusis, puede decirse del usufructo. La conclusión de la corte es que el enfiteuta tiene sobre el suelo y las construcciones un derecho inmobiliario, que abre la prueba al derecho fijado para la transmisión de los inmuebles por la ley de 22 primario, año VII. En teoría, la enfiteusis debería estar sometida á un derecho especial, supuesto que es un contrato especial; es cierto que este contrato engendra un derecho real inmobiliario; pero ¿todos los derechos reales inmobiliarios implican translación de la propiedad? ¿el usufructo, las servidumbres, las hipotecas son actos translativos de propiedad y como tales sujetos á tarifa?

En definitiva, los motivos dados por la corte de casa-

ción para asimilar la enfiteusis con la venta se dirigen al legislador. El habría debido establecer un derecho especial por medio de un contrato especial. Esto nos parece evidente. El contrato enfiteutico no implica división de la propiedad. El arrendador sigue siendo propietario, luego puede enagenar su derecho; si lo enagena ¿deberá el adquirente pagar el derecho de mutación siendo así que no entrará en goce sino después de cincuenta, sesenta ó noventa y nueve años? Hay en esto una posición especial que resulta de la larga duración de la enfiteusis, y una posición especial exige una decisión especial. Por otra parte, la duración de la enfiteusis puede no ser más que de veintisiete años: ¿pagará entonces el enfiteuta por un goce de un siglo? Otra anomalía. El arrendamiento ordinario puede tener la misma duración que la enfiteusis de hecho, la posición de un tomador que tiene un arrendamiento de noventa y nueve años es poco más ó menos idéntica á la del enfiteuta; sin embargo, el primero no pagará más que un derecho de arrendamiento, y el segundo pagará un derecho de mutación (1). Hay en esto muchos matices que habría debido tener en cuenta el legislador. En el silencio de la ley, se ha procedido por vía de analogía. A decir verdad, hay analogías en un sentido diverso, y precisamente por esto Zenón ha hecho del arrendamiento enfiteutico un contrato especial, esto basta para quitar toda base jurídica á la jurisprudencia.

La jurisprudencia de la corte de casación es constante, pero no sucede lo mismo con los motivos en los cuales se funda, que varían considerablemente; sin embargo, las leyes y los principios permanecen los mismos. Nada prueba mejor como estas vacilaciones cuán incierta es la doctrina.

1 Esto es de jurisprudencia. Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Daloz, 1857, 1, 326), y 11 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1861, 1, 444).

na en esta materia. La sentencia de 1850 dice que la enfiteusis implica una división de la propiedad. En la sentencia de 1853, ya no se trata de esta división; la corte decide que el efecto del arrendamiento enfiteutico es operar la translación y la enagenación á plazo de la propiedad de un inmueble dado en enfiteusis (1). Hay una diferencia de todo á todo entre una propiedad "dividida" y una "temporal." Luego si la sentencia de 1850 tiene razón, la de 1853 no la tiene, y si ésta consagra la verdadera doctrina, debe repudiarse como errónea la de 1850. La sentencia de 1853 es de 23 de Febrero. Dos meses más tarde, la corte pronunció una nueva sentencia que vuelve á la teoría de una división de la propiedad; en ésta ya no se habla de una propiedad temporal (2).

¿Para qué detenerse en medio de estas incesantes variaciones? En la última sentencia que acabamos de citar, la de 26 de Abril de 1853, hay una comparación entre el usufructo y la enfiteusis. La corte dice que el goce del enfiteuta para los límites de un simple usufructo, constituye con mayor razón, en provecho del enfiteuta, un derecho inmobiliario cuya mutación da cabida al derecho fijado para la transmisión de los inmuebles. Hay en esto una solución práctica de la dificultad que puede aceptarse entre tanto que la decide el legislador. La ley de 22 de Enero de 1853 (art. 69, § 7, núm. 1), somete al derecho proporcional del 4 por ciento las ventas ú otros cualquiera actos translativos de propiedad ó de usufructo de bienes inmuebles. Hay que hacer á un lado la asimilación de la enfiteusis con un acto translativo de propiedad; pero nada impide que se le asimile con un usufructo. Sin

1 Sentencia de casación, de 23 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 53). Véase en el mismo sentido una sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 1, 176).

2 Sentencia de casación, de 26 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 145).

duda que no faltan las diferencias, y vamos á señalarlas; pero como las diferencias vienen á parar en dar al enfiteuta un derecho más extenso que al usufructuario, se puede razonar por analogía, ó por mejor decir á *fortiori*, como la corte de casación lo hace en la sentencia de 1853.

En Bélgica, el vacío que presenta la legislación francesa se ha colmado, en lo concerniente á los derechos de sucesión, por la ley de 27 de Diciembre de 1817 (art. 11, párrafos A y C). Esta ley distingue las propiedades inmobiliarias de las rentas enfiteúticas; las primeras están gravadas con el derecho de sucesión en razón de su valor venal en el día del fallecimiento, mientras que las rentas enfiteúticas se evalúan en razón de un capital formado veinte veces de la renta. Se ha fallado que la ley se aplica á la enfiteusis temporal, la única que puede hacerse legal desde la abolición de la enfiteusis perpetua (1).

§ III.—LA ENFITEUSIS Y EL ARRENDAMIENTO.

353. Lo que acabamos de decir prueba que es muy importante no confundir la enfiteusis con el arrendamiento. Se sabe que es vieja la controversia sobre el punto de saber si el contrato enfiteútico es un arrendamiento ó una venta. Parece al contrato de alquiler, en que el precio del goce del enfiteuta consiste en una renta anual como el precio del goce del arrendatario ó inquilino. Pero los derechos del enfiteuta son mucho más extensos que los del tomador. Este no es más que un simple detentor, no tiene acciones reales ni posesorias; en derecho es un derecho de crédito, derecho mobiliario, y por lo tanto no susceptible de hipoteca. Mientras que el enfiteuta tiene las acciones reales y posesorias, su derecho es real, inmobiliario y puede ser hipotecado. Hé aquí por qué otros juriconsul-

1 Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Bélgica, 13 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 189).

tos asimilaban la enfiteusis con la venta; pero si los derechos del enfiteuta se parecen á los del comprador, hay, no obstante, diferencias radicales. El vendedor cesa de ser propietario, transmite su derecho al comprador, por lo que hay una transmisión de propiedad, mientras que en la enfiteusis el arrendador sigue siendo propietario y no transmite al tomador más que un derecho real. Por extensos que sean los derechos del enfiteuta, él no es propietario, no tiene el derecho de abusar de lo que pertenece al dueño, él puede enagenar é hipotecar; pero lo que se enagena ó grava con hipoteca no es el inmueble sino su derecho enfiteútico; por esto es que todos los actos de disposición que hace son temporales, así como su propio derecho. Así, pues, el emperador Z no ha tenido razón para decidir que el contrato enfiteútico no es un arrendamiento ni una venta, sino un contrato de una naturaleza particular (1).

354. El emperador tenía razón en derecho, pero de hecho la dificultad subsiste. Que haya diferencias esenciales entre la enfiteusis, los contratos de venta y de arrendamiento, no tiene duda; pero también hay analogías. Por lo mismo puede ser dudoso que las partes hayan querido celebrar un arrendamiento, una venta ó una enfiteusis. Si las escrituras se redactaran con precisión, ahorrarían litigios; por desgracia las escrituras se formulan con tal negligencia que en lugar de prevenir los pleitos, los originan. Era el caso que en una escritura las partes habían calificado el acto de venta, por lo menos el redactor del escrito se había servido de ese término; pero las cláusulas de la escritura eran las de una enfiteusis; la duración del goce cedido estaba fijada en ciento un años, el cesionario debía pagar una renta anual; había, dice la sentencia, translación del dominio útil en provecho del tomador, es

1 L. I, c. IV, 6 (de jure emphyteutico).

duda que no faltan las diferencias, y vamos á señalarlas; pero como las diferencias vienen á parar en dar al enfiteuta un derecho más extenso que al usufructuario, se puede razonar por analogía, ó por mejor decir á *fortiori*, como la corte de casación lo hace en la sentencia de 1853.

En Bélgica, el vacío que presenta la legislación francesa se ha colmado, en lo concerniente á los derechos de sucesión, por la ley de 27 de Diciembre de 1817 (art. 11, párrafos A y C). Esta ley distingue las propiedades inmobiliarias de las rentas enfiteúticas; las primeras están gravadas con el derecho de sucesión en razón de su valor venal en el día del fallecimiento, mientras que las rentas enfiteúticas se evalúan en razón de un capital formado veinte veces de la renta. Se ha fallado que la ley se aplica á la enfiteusis temporal, la única que puede hacerse legal desde la abolición de la enfiteusis perpetua (1).

§ III.—LA ENFITEUSIS Y EL ARRENDAMIENTO.

353. Lo que acabamos de decir prueba que es muy importante no confundir la enfiteusis con el arrendamiento. Se sabe que es vieja la controversia sobre el punto de saber si el contrato enfiteútico es un arrendamiento ó una venta. Parece al contrato de alquiler, en que el precio del goce del enfiteuta consiste en una renta anual como el precio del goce del arrendatario ó inquilino. Pero los derechos del enfiteuta son mucho más extensos que los del tomador. Este no es más que un simple detentor, no tiene acciones reales ni posesorias; en derecho es un derecho de crédito, derecho mobiliario, y por lo tanto no susceptible de hipoteca. Mientras que el enfiteuta tiene las acciones reales y posesorias, su derecho es real, inmobiliario y puede ser hipotecado. Hé aquí por qué otros juriconsul-

1 Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Bélgica, 13 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 189).

tos asimilaban la enfiteusis con la venta; pero si los derechos del enfiteuta se parecen á los del comprador, hay, no obstante, diferencias radicales. El vendedor cesa de ser propietario, transmite su derecho al comprador, por lo que hay una transmisión de propiedad, mientras que en la enfiteusis el arrendador sigue siendo propietario y no transmite al tomador más que un derecho real. Por extensos que sean los derechos del enfiteuta, él no es propietario, no tiene el derecho de abusar de lo que pertenece al dueño, él puede enagenar é hipotecar; pero lo que se enagena ó grava con hipoteca no es el inmueble sino su derecho enfiteútico; por esto es que todos los actos de disposición que hace son temporales, así como su propio derecho. Así, pues, el emperador Z no ha tenido razón para decidir que el contrato enfiteútico no es un arrendamiento ni una venta, sino un contrato de una naturaleza particular (1).

354. El emperador tenía razón en derecho, pero de hecho la dificultad subsiste. Que haya diferencias esenciales entre la enfiteusis, los contratos de venta y de arrendamiento, no tiene duda; pero también hay analogías. Por lo mismo puede ser dudoso que las partes hayan querido celebrar un arrendamiento, una venta ó una enfiteusis. Si las escrituras se redactaran con precisión, ahorrarían litigios; por desgracia las escrituras se formulan con tal negligencia que en lugar de prevenir los pleitos, los originan. Era el caso que en una escritura las partes habían calificado el acto de venta, por lo menos el redactor del escrito se había servido de ese término; pero las cláusulas de la escritura eran las de una enfiteusis; la duración del goce cedido estaba fijada en ciento un años, el cesionario debía pagar una renta anual; había, dice la sentencia, translación del dominio útil en provecho del tomador, es

1 L. I, c. IV, 6 (de jure emphyteutico).

decir, enfiteusis. Este lenguaje es también inexacto; pero la sentencia data de 1819 (1), y todavía hoy se encuentra esta doctrina anticuada de un dominio útil en algunas decisiones jurídicas.

La dificultad es mucho mayor cuando se trata de distinguir la enfiteusis del arrendamiento. Aquí las partes contratantes tienen interés en disfrazar su pensamiento: si su contrato puede pasar por un arrendamiento, no pagarán más que el derecho correspondiente, mientras que se les someterá a un derecho de mutación si el contrato es una enfiteusis. ¿Por medio de qué caracteres se distinguirán los arrendamientos llamados enfiteúticos de los ordinarios? La cuestión no ha cesado de preocupar á los juriconsultos, y cosa singular, los mejores se han engañado. Si escuchamos á Cujas, el carácter distintivo de los dos contratos consistiría en su duración, la enfiteusis, dice él, es perpetua, ó al menos contraída por plazo largo, mientras que el arrendamiento casi no pasa de un lustro (2). Hay algo de cierto en esta observación, en el sentido de que la duración habitual de los arrendamientos es de nueve años en nuestros usos modernos, mientras que los contratos enfiteúticos se hacen comunmente por un siglo. Esta diferencia de hechos ha llegado á ser una diferencia legal en virtud de la ley de 1824, por cuyos términos la enfiteusis no puede establecerse por un término nuevo de veinte años (arts. 2 y 17). Pero esto no resuelve la dificultad. Los arrendamientos ordinarios pueden hacerse á largos plazos; luego puede haber un arrendamiento de noventa y nueve años, así como puede haber una enfiteusis de la misma duración; ya hemos citado ejemplos y vamos á citar aún otro más. He aquí, pues, que este carac-

1 Bruselas, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 419).
2 Cujas sobre la ley 74, Dig. "de rei vindic."

ter no puede servir para distinguir la enfiteusis del arrendamiento.

Domat dice que la enfiteusis se distingue de los arrendamientos por dos caracteres "esenciales" que son los "fundamentos" de las reglas propias para la enfiteusis; el primero es la perpetuidad, el segundo es la translación de una especie de propiedad (1). En nuestros días ya no puede hablarse de perpetuidad, puesto que nuestras leyes proscriben la enfiteusis perpetua. Ya en el antiguo derecho, la doctrina de Domat era inexacta; él mismo confiesa que había arrendamientos enfiteúticos que no eran perpetuos, sino únicamente por largos plazos, como por cien ó noventa y nueve años. Esta falta de precisión asombra: si hay enfiteusis temporales, ¿cómo puede hacerse de la perpetuidad un carácter esencial del contrato enfiteútico? Queda la translación de una especie de propiedad. He aquí una expresión muy vaga: ¿es esto lo que Cujas y Doneau llaman un *cuasi dominio*? (núms. 344, 348). En tal caso, no hay translación de perpetuidad, sino únicamente un goce muy extenso. ¿Es el *dominio útil*? Domat reproduce esta doctrina tradicional, verdadera en la edad media, inexacta según el derecho romano, inadmisibile en el derecho moderno. Una cosa sí es cierta en la doctrina de Domat, y es que los derechos del enfiteuta se asemejan á los derechos del propietario más bien que á los del arrendatario. Si la escritura determina los derechos del enfiteuta, fácil será distinguir la enfiteusis del arrendamiento; basta para esto una sola palabra, porque la diferencia esencial consiste en que el enfiteuta tiene un derecho real y el tomador sólo tiene un derecho de crédito.

355. Muchas veces se ha presentado la cuestión ante la corte de casación, y las decisiones casi siempre se han motivado de modo diferente. Una sentencia del año VII cita

las leyes romanas; de lo que resulta, dice esa sentencia, que el arrendamiento enfiteutico es la enagenación del *dominio útil*, con reserva del *dominio directo*, y que el enfiteuta se vuelve propietario del predio (1). El error es evidente, y nosotros acabamos de señalarlo. Tratábase de un arrendamiento, porque se había estipulado que cuando el arrendador llegare á vender, el tomador no podría ser expulsado de la finca: lo que era decisivo, pero la corte se engañaba al insistir en que el arrendador seguía siendo propietario, porque el que da en enfiteusis permanece por siempre propietario.

La misma distinción del dominio directo y del dominio útil está reproducida en una sentencia de 1822 (2). En el caso que se discutía, no era dudoso que el arrendamiento fuese enfiteutico. El primer juez, confundiendo el arrendamiento ordinario con la enfiteusis, había negado al enfiteuta las acciones posesorias. Esto era un error evidente; pero la corte suprema también se engañó al motivar su decisión en un pretendido dominio útil perteneciente al enfiteuta. Ciertamente que el usufructuario no tiene dominio útil; en cierto sentido, hasta es poseedor precario como el enfiteuta, lo que no impide que uno y otro tengan las acciones posesorias.

Como la dificultad se presenta día por día, la corte de casación ha creído que debía decidir en principio la cuestión de saber cuáles son los caracteres por los que puede reconocerse la enfiteusis. Se lee en una sentencia de 1857 que la enfiteusis se manifiesta por los caracteres siguientes: "la prolongada duración del goce, el derecho de disponer de una manera casi absoluta del inmueble concedi-

1 Sentencia de casación, 23 nivoso, año VII (Dalloz, "Arrend. enfit." núm. 7, 1°).

2 Sentencia de casación, de 6 de Junio de 1822 (Dalloz, *Acción posesoria*, núm. 534).

do, lo módico de la renta convenida y la obligación para el enfiteuta de reportar el gasto que puedan acarrear las mejoras que han sido previstas" (1). Acabamos de decir que la duración del goce no distingue la enfiteusis del arrendamiento; al hacer de la larga duración un carácter distintivo de la enfiteusis, la corte de casación olvidaba, que según su jurisprudencia, un arrendamiento de noventa y nueve años no deja de ser un arrendamiento ordinario. ¿Es cierto que el enfiteuta tiene el poder casi absoluto de disponer del predio enfiteutico? El puede disponer de su derecho de enfiteusis: el usufructuario tiene el mismo derecho; hay más, el tomador puede también ceder un arrendamiento. Sin duda que los derechos del enfiteuta son más considerables que los del tomador, pero no consisten, como dice la corte, en disponer del inmueble dado en enfiteusis; el predio sigue siendo propiedad del arrendador, él solo puede disponer de aquél, el enfiteuta no puede disponer más que de su derecho de enfiteusis. En cuanto al tercer carácter concerniente á las mejoras, tampoco es esencial, el enfiteuta no tiene obligación de mejorar, y en cambio el tomador sí puede verse obligado por ese arrendamiento. Siguese de aquí que el último carácter enumerado por la corte de casación carece igualmente de exactitud; la renta era módica cuando el enfiteuta tenía que mejorar; hoy que se dan tierras cultivadas en enfiteusis, el canon casi no difiere del precio del arrendamiento.

Hay otra sentencia doctrinal que se acerca más á la verdad. "La enfiteusis, dice la corte, difiere del arrendamiento por plazo largo en que transmite en *derecho real* sobre el predio, un cuasi-dominio que permite disponer de él de una manera casi absoluta, y que es muy diferen-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326).

te del derecho con que reviste al arrendatario el simple arrendamiento." Estos son los verdaderos principios, el enfiteuta tiene un derecho real, mientras que el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito. La corte no dice cuál es el derecho del arrendatario, nosotros diremos en el título del "Arrendamiento" que aquélla no acepta la teoría de Troplong sobre la realidad de este derecho. Nosotros aceptamos también la expresión de *cuasi-dominio* de que se sirve la corte para calificar los derechos del enfiteuta; viene de Cujas y de Doneau, y contradice el sistema de la división de la propiedad que acabamos de combatir. "La enfiteusis, continúa la corte, tiene por objeto mejorar el predio más bien que asegurar la percepción regular de los productos, y se manifiesta, no siempre, pero á lo más comúnmente, por lo módico del censo" (1). Es demasiado decir que la enfiteusis tenga por objeto mejorar el predio. Según la ley belga, esto es evidente; el enfiteuta no está ya obligado á mejorar, únicamente tiene derecho á ello. Ya en la antigua jurisprudencia, el mejoramiento no era un carácter distintivo de la enfiteusis, puesto que se daban en arrendamiento enfiteutico predios en plena producción.

356. La aplicación de estos principios tiene sus dificultades, porque tienen, como los ha formulado la corte de casación, algo de vago y hasta de inexacto. Ya hemos hablado del decreto de 23 nivoso, año VII (núm. 355); el carácter del contrato poco dudoso era. Lo mismo pasa, con un caso fallado por la corte de Bruselas. Las partes habían dado á su contrato el nombre de *ohyns*, con el cual se designaba en otros tiempos la enfiteusis; el arrendamiento se había celebrado por noventa y nueve años, daba al arrendatario el poder de cambiar las tierras en bos-

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1861, 1, 444).

que sin el consentimiento del capítulo: cláusula que marca un goce más extenso que el del arrendatario (1).

Vamos á ver un caso singular en el cual, á nuestro juicio, no había ni arrendamiento ni enfiteusis. La ciudad de París concedió por setenta años el goce de un terreno con la obligación por parte del concesionario de levantar en él un mercado cuya propiedad obtendría al terminar el contrato. Este acto se calificaba de enfiteusis; como caución entregóse al tesoro la cantidad de 100,000 francos. La corte de París resolvió que no había fianza, y por consiguiente, tampoco privilegio, porque el contrato establecía una enfiteusis, es decir un derecho real inmobiliario. Encontrábanse, en efecto, los caracteres usuales de la enfiteusis: obligación de mejorar y de soportar todas las obligaciones, todos los impuestos, y goce por largo plazo. Pero faltaba uno: el pago de una renta. La corte de París creyó que el canon enfiteutico tenía su origen en las ideas del feudalismo: la lectura de cualquiera de las leyes romanas sobre la enfiteusis la habría convencido de su error. Por una extraña contradicción, la corte resucitó una preocupación feudal, al juzgar que el contrato enfiteutico enajenaba temporalmente el *dominio* (2). De cualquiera manera que sea, sin renta no hay enfiteusis (núm. 347). El contrato era, pues, inominado. ¿Engendraba un derecho real? Se podía admitir esto por vía de analogía; en efecto, el contrato tenía más semejanzas con una enfiteusis y un usufruto que con un arrendamiento. Poco importa que el código civil no mencione el derecho real; en otro lugar de esta obra (t. VI, núm. 84) hemos dicho que el propietario puede otorgar en su predio el derecho real que tenga por conveniente.

1 Bruselas, 11 de Febrero de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 305).

2 París, 3 de Febrero de 1836 (Daloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 7, 4°).

357. Esto así lo ha resuelto la misma corte de casación en el caso siguiente. Una comuna da en arrendamiento una tierra de pasto por un plazo de ochenta años, mediante un censo módico, con la obligación de efectuar construcciones, plantíos, desmonte y otras mejoras que deberán quedar á favor del arrendador al espirar el arrendamiento, y con la obligación para el tomador de soportar todas las cargas de la propiedad. ¿Era esto un arrendamiento ó una enfiteusis? Es muy dudosa la cuestión. ¿No podrían estipularse todas esas cláusulas en un arrendamiento ordinario? El contrato no decía que el tomador tuviera un derecho real, ni le daba el de hipotecar, que es el único distintivo de la enfiteusis. Aun suponiendo que fuese una enfiteusis, surgía la cuestión de saber si el código mantenía este derecho. El código no dice una sola palabra. No importa dice la corte; él permite que se confiera un derecho de goce sobre los bienes (art. 542), sin determinar ni restringir las condiciones ó la extensión del derecho que pueda otorgarse. El artículo 543 que la corte invoca no es decisivo, porque puede sostenerse que por derecho de goce la ley quiere dar á entender el usufruto, pues los principios generales no dejan duda alguna sobre el poder del propietario para desmembrar su derecho á discreción.

358. Una comuna concede á un particular en virtud de real ordenanza, el goce de un inmueble consistente en un estanque. La concesión otorgada por setenta años, es calificada de arrendamiento. El tomador se obliga á ejecutar ciertos trabajos con el fin de mejorar la propiedad y de cambiar su explotación, sin que pudiera reclamar nada al término del goce. Una sentencia de la corte de Nîmes resolvió que dicho contrato desmembraba la propiedad trasladando al tomador el dominio útil por toda la duración del arrendamiento. La corte de casación desechó el recurso, por motivo de que la corte de apelación no ha-

bia hecho más que usar del derecho soberano que le correspondía para investigar y declarar la voluntad de las partes, y que ella, por lo demás, no había desconocido los caracteres que distinguen el arrendamiento enfiteutico del ordinario (1). La dificultad se reduce á esto: ¿hay desmembramiento de la propiedad, es decir, un derecho real inmobiliario? Las cláusulas de la escritura que hemos citado nada dicen de los derechos del tomador; por lo mismo, es muy difícil decidir que la voluntad de las partes era desmembrar la propiedad. Cuando las partes califican el contrato de arrendamiento, cuando no imponen al tomador ninguna obligación que no sea compatible con el alquiler ordinario, cuando no le otorgan ningún derecho que se exceda de los derechos de un arrendatario, no vemos en qué puede fundarse para calificar el contrato de enfiteutico, y para ver en él la transmisión de un derecho real inmobiliario.

359. Cuando las partes mismas califican de enfiteusis su contrato, deja de haber duda, á lo que creemos, con tal que, como nuestra ley lo exige, se celebre por veinte años por lo menos: la duración del arrendamiento, la modicidad del censo, la obligación de ejecutar ciertos trabajos de mejoramiento, no son caracteres decisivos, puesto que pueden hallarse en un arrendamiento ordinario tanto como en un enfiteutico. Así, pues, la naturaleza del contrato sigue siendo dudosa cuando las partes no se explican sobre los derechos que resultan del arrendamiento. Pero si aquéllas dan el nombre de enfiteusis á su contrato, ellas deciden la cuestión, supuesto que es de la esencia de la enfiteusis el conferir un derecho real al enfiteuta (2). Si las partes no se explican, y si además, ninguna cláusula de la

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 118).

2 Compárese sentencia de la sala de lo civil, de 26 de Enero de 1864 (Daloz, 1864, 1, 83).

escritura implica la concesión de un derecho real, había arrendamiento, y en consecuencia, un simple derecho de crédito.

360. De aquí resulta que con frecuencia las escrituras que contienen una cesión de goce se considerarán como arrendamientos más que como enfiteusis. Un hospicio da en arrendamiento un terreno, con la obligación de que en él se levanten ciertas construcciones por las cuales se conviene en una indemnización al cesar el goce. El tomador cede su derecho. Un acreedor hipotecario pretende abarcar este derecho en la expropiación que intenta á título de derecho inmobiliario. Se falló que este contrato era un arrendamiento, y que de él no resultaba ningún derecho mobiliario. Nada, en efecto, probaba que la intención del arrendador fuese la de desmembrar su propiedad concediendo al tomador el dominio útil, como lo dice la corte siguiendo la doctrina tradicional (1).

Por aplicación de estos principios, el tribunal del Sena decidió que la enfiteusis no puede resultar sino de la estipulación formal de las partes contrayentes. Esta decisión no debe entenderse en el concepto de que las partes tengan que servirse del término enfiteusis ó arrendamiento enfiteútico; ya no reconocemos términos sacramentales. El tribunal agrega que si las partes han calificado su contrato de arrendamiento, el juez no puede transformarlo en enfiteusis, siendo que no hay desmembramiento de la propiedad. Luego si en la escritura se hubiese dicho que el tomador podía enagenar, hipotecar, ó simplemente, que disfrutaba de un derecho real en la cosa, había desmembramiento de la propiedad, y por consiguiente, el arrendamiento sería enfiteútico, aun cuando las partes no le hubiesen dado tal nombre (2).

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1824 (Dalloz, "Arrendamiento enfiteútico," núm. 7, 3°).

2 Fallo del tribunal del Sena, 28 de Agosto de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 225).

Se consiente en un arrendamiento por noventa y siete años á una compañía ferrocarrilera. La escritura contenía cláusulas que por lo común no se hallan en un contrato de arrendamiento: el tomador tenía á su cargo seguir á su cuenta y riesgo las acciones concernientes al goce de la cosa alquilada, pagar la contribución federal, hacer las gruesas reparaciones con facultad de demoler, de sufrir sin disminución de renta la pérdida parcial de la cosa. Por más que no sean usuales tales cláusulas, no son incompatibles con un arrendamiento ordinario. Nada, por otra parte, indicaba que el tomador tuviese un derecho real en la cosa alquilada. Por el contrario, el arrendador se reservaba todas las acciones relativas á la propiedad del inmueble, lo que excluía toda enagenación del dominio útil, como se expresa la jurisprudencia, ó por mejor decir, todo desmembramiento de la propiedad. Decidióse, en consecuencia, que el contrato era causante del derecho de veinte céntimos por cada cien francos, aplicable á los arrendamientos y no del derecho de 5 fr. 50 cs. por cada cien francos, á que están sujetos los arrendamientos enfiteúticos (1). Grande, demasiado grande es la diferencia, á lo que entendemos, y en esto hay un vacío en la legislación, el cual debería colmarse.

Se celebra un arrendamiento por noventa años. En la escritura se expresa que el tomador no podía disponer del terreno, objeto del inquilinato, sino conforme al derecho común. Esta cláusula era decisiva; de ella resultaba, en efecto, que el tomador no tenía más que un derecho mobiliario, derecho que podía ceder, pero sin tener el derecho de hipotecar el inmueble. Ciertamente que había cláusulas poco acostumbradas en un arrendamiento, pero no eran inconciliables con el arrendamiento ordinario, y se

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Agosto de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326).

explicaban por la larga duración del contrato. La escritura, por el contrario, reservaba al arrendador el derecho ilimitado de gravar con hipotecas los terrenos arrendados, lo que probaba, dice la corte de casación, que el arrendador conservaba lo que se llama el dominio útil. Luego no había enfiteusis (1).

La corte de casación ha fallado, además, que la larga duración del arrendamiento y la obligación de hacer mejoras que refluirán en provecho del arrendador no son suficientes para que el arrendamiento sea enfiteutico, porque el ordinario no excluye cláusulas de esa naturaleza. La corte establece, en seguida, el verdadero carácter que distingue el arrendamiento enfiteutico del ordinario, y es que opera un desmembramiento de la propiedad, y transmite al tomador un derecho real susceptible, como la propiedad misma, de donarse, venderse, hipotecarse. ¿El enfiteuta tenía, en el caso de que se trataba, un derecho real? Lejos de tener la libre disposición de la cosa, ni siquiera tenía el libre goce; en efecto, una cláusula de la escritura prohibía al tomador la facultad de sub-arrendar sin la autorización del arrendador. Luego el contrato era un arrendamiento (1). Esta sentencia es de consideración, porque confirma todo lo que nosotros hemos enseñado. La corte cesa de hablar de dominio directo y de dominio útil, ya no dice que el enfiteuta tiene una propiedad temporal, y ni siquiera tiene una especie de propiedad, un cuasi-dominio. La propiedad queda desmembrada como en el caso de usufructo, el enfiteuta tiene un derecho real inmobiliario, y de éste dispone con toda libertad. Cuando existe este desmembramiento, hay enfiteusis; cuando no existe, hay arrendamiento.

Una sentencia de la corte de Bruselas consagra estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).

principios. En la escritura decíase que se alquilaba un jardín, á título de arrendamiento, por noventa y nueve años; el arrendador prometía hacer que el tomador disfrutase con aquel título. La corte dijo muy bien que esta cláusula es suficiente para caracterizar el contrato. Por lo demás, todas las cláusulas estaban concebidas con la misma mente. El tomador se obligaba á cultivar el jardín "por regla de buen cultivo;" lo que implica que él no podía cambiar ni la naturaleza ni el destino del predio alquilado; la escritura á este respecto entraba en minuciosos pormenores, que daban fe de la celosa solicitud del propietario, y hasta preveía el caso de sub-arrendamiento. Ciertamente es que el tomador tenía la facultad de plantar árboles frutales ó de recreo en el terreno alquilado y de levantar en él construcciones; pero esta facultad no supone que el tomador tenga un derecho en la cosa; él la debe al convenio, como esto tiene lugar con bastante frecuencia en los arrendamientos de larga duración. Ahora bien, desde el momento en que el tomador no tiene el *ius in re*, lo que le sentencian impropriamente el dominio útil, no hay desmembramiento de la propiedad, luego tampoco enfiteusis (1).

§ IV.—ENFITEUSIS Y USUFRUCTO

361. La enfiteusis tiene mucha analogía con el usufructo; el enfiteuta tiene el derecho de disfrutar como lo tiene el usufructuario, y como éste, en virtud de un derecho real. Hay, sin embargo, algunas diferencias. El usufructo es una servidumbre personal, inherente á la persona del usufructuario, se extingue á la muerte de éste. La enfiteusis no es una servidumbre, se transmite á los herederos del enfiteuta. Según la definición que de la enfiteu-

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1854, (*Pasicrisia*, 1855, 2, 63).

explicaban por la larga duración del contrato. La escritura, por el contrario, reservaba al arrendador el derecho ilimitado de gravar con hipotecas los terrenos arrendados, lo que probaba, dice la corte de casación, que el arrendador conservaba lo que se llama el dominio útil. Luego no había enfiteusis (1).

La corte de casación ha fallado, además, que la larga duración del arrendamiento y la obligación de hacer mejoras que refluirán en provecho del arrendador no son suficientes para que el arrendamiento sea enfiteutico, porque el ordinario no excluye cláusulas de esa naturaleza. La corte establece, en seguida, el verdadero carácter que distingue el arrendamiento enfiteutico del ordinario, y es que opera un desmembramiento de la propiedad, y transmite al tomador un derecho real susceptible, como la propiedad misma, de donarse, venderse, hipotecarse. ¿El enfiteuta tenía, en el caso de que se trataba, un derecho real? Lejos de tener la libre disposición de la cosa, ni siquiera tenía el libre goce; en efecto, una cláusula de la escritura prohibía al tomador la facultad de sub-arrendar sin la autorización del arrendador. Luego el contrato era un arrendamiento (1). Esta sentencia es de consideración, porque confirma todo lo que nosotros hemos enseñado. La corte cesa de hablar de dominio directo y de dominio útil, ya no dice que el enfiteuta tiene una propiedad temporal, y ni siquiera tiene una especie de propiedad, un cuasi-dominio. La propiedad queda desmembrada como en el caso de usufructo, el enfiteuta tiene un derecho real inmobiliario, y de éste dispone con toda libertad. Cuando existe este desmembramiento, hay enfiteusis; cuando no existe, hay arrendamiento.

Una sentencia de la corte de Bruselas consagra estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).

principios. En la escritura decíase que se alquilaba un jardín, á título de arrendamiento, por noventa y nueve años; el arrendador prometía hacer que el tomador disfrutase con aquel título. La corte dijo muy bien que esta cláusula es suficiente para caracterizar el contrato. Por lo demás, todas las cláusulas estaban concebidas con la misma mente. El tomador se obligaba á cultivar el jardín "por regla de buen cultivo;" lo que implica que él no podía cambiar ni la naturaleza ni el destino del predio alquilado; la escritura á este respecto entraba en minuciosos pormenores, que daban fe de la celosa solicitud del propietario, y hasta preveía el caso de sub-arrendamiento. Cierto es que el tomador tenía la facultad de plantar árboles frutales ó de recreo en el terreno alquilado y de levantar en él construcciones; pero esta facultad no supone que el tomador tenga un derecho en la cosa; él la debe al convenio, como esto tiene lugar con bastante frecuencia en los arrendamientos de larga duración. Ahora bien, desde el momento en que el tomador no tiene el *ius in re*, lo que le sentenciamos impropriamente el dominio útil, no hay desmembramiento de la propiedad, luego tampoco enfiteusis (1).

§ IV.—ENFITEUSIS Y USUFRUCTO

361. La enfiteusis tiene mucha analogía con el usufructo; el enfiteuta tiene el derecho de disfrutar como lo tiene el usufructuario, y como éste, en virtud de un derecho real. Hay, sin embargo, algunas diferencias. El usufructo es una servidumbre personal, inherente á la persona del usufructuario, se extingue á la muerte de éste. La enfiteusis no es una servidumbre, se transmite á los herederos del enfiteuta. Según la definición que de la enfiteu-

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1854, (*Pasicrisia*, 1855, 2, 63).

sis da la ley belga, implica la obligación de pagar un censo anual, y esto es de la esencia de la enfiteusis. El usufructo puede establecerse á título gratuito; el usufructo legal es gratuito por su esencia, el usufructo convencional resulta, por lo común, del contrato de matrimonio, luego es una liberalidad. Sucede lo mismo con el usufructo testamentario. No obstante, el usufructo puede constituirse á título oneroso, con la obligación para el usufructuario de pagar un censo anual. Entonces hay una analogía más entre el usufructo y la enfiteusis. ¿Quiere esto decir que el canon enfiteútico tenga la misma naturaleza, el mismo objeto que el precio pagado por el usufructuario? No. El usufructo establecido á título oneroso es un contrato aleatorio, el precio se fija en razón de la edad, de la salud y de todas las circunstancias que se toman en consideración cuando se trata de valuar un derecho vitalicio. En la enfiteusis no hay ninguna eventualidad. El canon ni siquiera representa el goce; la ley belga dice que se paga en reconocimiento del derecho de propiedad del que da el bien en enfiteusis. Por último, el goce del enfiteuta es más extenso que el del usufructuario: la ley de 1824 dice que él tiene el goce *pleno*; y el código civil (art. 578) dice que el usufructuario disfruta como el propietario, pero con la obligación de conservar la substancia de la cosa. Tal es el principio; más adelante veremos qué consecuencias se derivan de esto.

CAPITULO II.

Cómo se establece la enfiteusis.

§ I.—¿QUIEN PUEDE ESTABLECER UNA ENFITEUSIS?

362. Siendo la enfiteusis un desmembramiento de la propiedad, deben aplicársele los principios que rigen toda constitución de derechos reales, el que da un bien en enfiteusis debe ser propietario y tener la capacidad de enagenar (1). Esta es una diferencia notable entre el arrendamiento ordinario y el enfiteútico; el alquiler es un acto de administración que pueden ejecutar los administradores del patrimonio ajeno, mientras que no pueden consentir en un contrato de enfiteusis. Siguese de aquí que los bienes de los menores no pueden darse en enfiteusis sino bajo las condiciones y en las formas prescritas para la enagenación de los inmuebles. Sucede lo mismo con la renovación de los arrendamientos enfiteúticos. Las mujeres casadas que están separadas en bienes tienen la libre administración de su patrimonio, pueden celebrar arrendamientos de nueve años, pero no podrían consentir un arrendamiento

1 Donelli, "Comment," 11, 13, 8. Aragón, "Institución del derecho francés," t. 2º, p. 304. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pto. 1º, núm. 5).

sis da la ley belga, implica la obligación de pagar un censo anual, y esto es de la esencia de la enfiteusis. El usufructo puede establecerse á título gratuito; el usufructo legal es gratuito por su esencia, el usufructo convencional resulta, por lo común, del contrato de matrimonio, luego es una liberalidad. Sucede lo mismo con el usufructo testamentario. No obstante, el usufructo puede constituirse á título oneroso, con la obligación para el usufructuario de pagar un censo anual. Entonces hay una analogía más entre el usufructo y la enfiteusis. ¿Quiere esto decir que el canon enfiteútico tenga la misma naturaleza, el mismo objeto que el precio pagado por el usufructuario? No. El usufructo establecido á título oneroso es un contrato aleatorio, el precio se fija en razón de la edad, de la salud y de todas las circunstancias que se toman en consideración cuando se trata de valuar un derecho vitalicio. En la enfiteusis no hay ninguna eventualidad. El canon ni siquiera representa el goce; la ley belga dice que se paga en reconocimiento del derecho de propiedad del que da el bien en enfiteusis. Por último, el goce del enfiteuta es más extenso que el del usufructuario: la ley de 1824 dice que él tiene el goce *pleno*; y el código civil (art. 578) dice que el usufructuario disfruta como el propietario, pero con la obligación de conservar la substancia de la cosa. Tal es el principio; más adelante veremos qué consecuencias se derivan de esto.

CAPITULO II.

Cómo se establece la enfiteusis.

§ I.—¿QUIEN PUEDE ESTABLECER UNA ENFITEUSIS?

362. Siendo la enfiteusis un desmembramiento de la propiedad, deben aplicársele los principios que rigen toda constitución de derechos reales, el que da un bien en enfiteusis debe ser propietario y tener la capacidad de enagenar (1). Esta es una diferencia notable entre el arrendamiento ordinario y el enfiteútico; el alquiler es un acto de administración que pueden ejecutar los administradores del patrimonio ajeno, mientras que no pueden consentir en un contrato de enfiteusis. Siguese de aquí que los bienes de los menores no pueden darse en enfiteusis sino bajo las condiciones y en las formas prescritas para la enagenación de los inmuebles. Sucede lo mismo con la renovación de los arrendamientos enfiteúticos. Las mujeres casadas que están separadas en bienes tienen la libre administración de su patrimonio, pueden celebrar arrendamientos de nueve años, pero no podrían consentir un arrendamiento

1 Donelli, "Comment," 11, 13, 8. Aragón, "Institución del derecho francés," t. 2º, p. 304. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pto. 1º, núm. 5).

miento enfiteutico. Si estuvieren casadas bajo el régimen dotal no podrían hacerlo ni aún con autorización del marido, porque siendo inalienables los bienes dotales, está prohibida su enagenación parcial lo mismo que la total. Por último, el mismo principio se aplica á las comunas y á las personas llamadas civiles, las cuales no pueden enagenar sino con ciertas condiciones; estas mismas condiciones deben llevarse para los arrendamientos enfiteuticos. Se ha fallado que los arrendamientos enfiteuticos tienen el carácter de una enagenación y que según las antiguas leyes del país de Lieja, con especialidad una ordenanza de 1706, los inmuebles pertenecientes á las comunas no podían enagenarse sin una autorización especial del príncipe asistido de su consejo (1).

363. Comprar es un acto de administración; el tutor puede comprar, luego también puede estipular un derecho de enfiteusis. Sucede lo mismo con la mujer que tiene la libre administración de sus bienes. El que adquiere la enfiteusis debe, no obstante, ser capaz de obligarse, porque el enfiteuta contrae obligaciones. Luego deben aplicarse los principios generales concernientes á los incapaces (2).

§ II.—¿SOBRE QUE BIENES PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

364. Los inmuebles son los únicos bienes que pueden darse en enfiteusis. Nuestra ley lo dice (art. I). Esta es una nueva diferencia entre el arrendamiento ordinario y el enfiteutico, lo mismo que entre la enfiteusis y el usufructo. Las necesidades sociales y económicas que hicieron que se introdujese el contrato de enfiteusis nada tienen de común con los objetos mobiliarios; si no hay modo

1 Lieja 19 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 235). Compárese Donelli, "Comment," IX, 13, 10.

2 Voet, "Commentar. ad Paudédas," lib. VI, tit. III, pfo. 6, p. 440.

de alquilarlos, si lo hay de venderlos. Hay más. La enfiteusis primitiva no se aplicaba á todo género de inmuebles el título mismo de las Pandectas que trata de la enfiteusis indica que los fundos de tierra eran los únicos objetos de los contratos enfiteuticos. Doneau, fiel al espíritu de la legislación romana, dice que los edificios no pueden darse en enfiteusis, ellos no eran objeto de los arrendamientos enfiteuticos sino como accesorios del suelo. Pero si el fin de la institución fué el hallar cultivadores para las inmensas propiedades de los ramos del imperio, la institución no tardó en extenderse. Voet dice que en su tiempo dábanse los molinos en enfiteusis en los Países Bajos (1). Según nuestro derecho, la cuestión no es dudosa, supuesto que la ley de 1824 se sirve de la expresión general de *inmuebles*.

§ III.—¿CON QUE TITULO PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

365. El usufructo con el cual tiene mucha analogía la enfiteusis, puede establecerse á título gratuito ó á título oneroso. ¿Sucede lo mismo con la enfiteusis? La tradición repele la idea de lo gratuito; el contrato lleva el nombre de arrendamiento y no hay arrendamiento gratuito, y si se quiere ver en él una venta tampoco hay venta gratuita. Nuestra ley decide la cuestión en el mismo sentido, puesto que exige una renta anual, que el enfiteuta debe pagar al propietario en reconocimiento de su derecho de propiedad. Sin embargo, todos los autores enseñan que la enfiteusis puede constituirse por testamento, por más que confiesen que no hay un solo ejemplo de enfiteusis testamentaria. Como la enfiteusis impone obligaciones al enfiteuta, no se consibe á primera vista que se establezca por

1 Donelli, "Comment," IX, 13, 11 (t. V, p. 350). Voet, VI, 3, 7 p. 440.

miento enfiteutico. Si estuvieren casadas bajo el régimen dotal no podrían hacerlo ni aún con autorización del marido, porque siendo inalienables los bienes dotales, está prohibida su enagenación parcial lo mismo que la total. Por último, el mismo principio se aplica á las comunas y á las personas llamadas civiles, las cuales no pueden enagenar sino con ciertas condiciones; estas mismas condiciones deben llevarse para los arrendamientos enfiteuticos. Se ha fallado que los arrendamientos enfiteuticos tienen el carácter de una enagenación y que según las antiguas leyes del país de Lieja, con especialidad una ordenanza de 1706, los inmuebles pertenecientes á las comunas no podían enagenarse sin una autorización especial del príncipe asistido de su consejo (1).

363. Comprar es un acto de administración; el tutor puede comprar, luego también puede estipular un derecho de enfiteusis. Sucede lo mismo con la mujer que tiene la libre administración de sus bienes. El que adquiere la enfiteusis debe, no obstante, ser capaz de obligarse, porque el enfiteuta contrae obligaciones. Luego deben aplicarse los principios generales concernientes á los incapaces (2).

§ II.—¿SOBRE QUE BIENES PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

364. Los inmuebles son los únicos bienes que pueden darse en enfiteusis. Nuestra ley lo dice (art. I). Esta es una nueva diferencia entre el arrendamiento ordinario y el enfiteutico, lo mismo que entre la enfiteusis y el usufructo. Las necesidades sociales y económicas que hicieron que se introdujese el contrato de enfiteusis nada tienen de común con los objetos mobiliarios; si no hay modo

1 Lieja 19 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 235). Compárese Donelli, "Comment," IX, 13, 10.

2 Voet, "Commentar. ad Paudedas," lib. VI, tit. III, pfo. 6, p. 440.

de alquilarlos, si lo hay de venderlos. Hay más. La enfiteusis primitiva no se aplicaba á todo género de inmuebles el título mismo de las Pandectas que trata de la enfiteusis indica que los fundos de tierra eran los únicos objetos de los contratos enfiteuticos. Doneau, fiel al espíritu de la legislación romana, dice que los edificios no pueden darse en enfiteusis, ellos no eran objeto de los arrendamientos enfiteuticos sino como accesorios del suelo. Pero si el fin de la institución fué el hallar cultivadores para las inmensas propiedades de los ramos del imperio, la institución no tardó en extenderse. Voet dice que en su tiempo dábanse los molinos en enfiteusis en los Países Bajos (1). Según nuestro derecho, la cuestión no es dudosa, supuesto que la ley de 1824 se sirve de la expresión general de *inmuebles*.

§ III.—¿CON QUE TITULO PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

365. El usufructo con el cual tiene mucha analogía la enfiteusis, puede establecerse á título gratuito ó á título oneroso. ¿Sucede lo mismo con la enfiteusis? La tradición repele la idea de lo gratuito; el contrato lleva el nombre de arrendamiento y no hay arrendamiento gratuito, y si se quiere ver en él una venta tampoco hay venta gratuita. Nuestra ley decide la cuestión en el mismo sentido, puesto que exige una renta anual, que el enfiteuta debe pagar al propietario en reconocimiento de su derecho de propiedad. Sin embargo, todos los autores enseñan que la enfiteusis puede constituirse por testamento, por más que confiesen que no hay un solo ejemplo de enfiteusis testamentaria. Como la enfiteusis impone obligaciones al enfiteuta, no se consibe á primera vista que se establezca por

1 Donelli, "Comment," IX, 13, 11 (t. V, p. 350). Voet, VI, 3, 7 p. 440.

miento enfiteutico. Si estuvieren casadas bajo el régimen dotal no podrían hacerlo ni aún con autorización del marido, porque siendo inalienables los bienes dotales, está prohibida su enagenación parcial lo mismo que la total. Por último, el mismo principio se aplica á las comunas y á las personas llamadas civiles, las cuales no pueden enagenar sino con ciertas condiciones; estas mismas condiciones deben llevarse para los arrendamientos enfiteuticos. Se ha fallado que los arrendamientos enfiteuticos tienen el carácter de una enagenación y que según las antiguas leyes del país de Lieja, con especialidad una ordenanza de 1706, los inmuebles pertenecientes á las comunas no podían enagenarse sin una autorización especial del príncipe asistido de su consejo (1).

363. Comprar es un acto de administración; el tutor puede comprar, luego también puede estipular un derecho de enfiteusis. Sucede lo mismo con la mujer que tiene la libre administración de sus bienes. El que adquiere la enfiteusis debe, no obstante, ser capaz de obligarse, porque el enfiteuta contrae obligaciones. Luego deben aplicarse los principios generales concernientes á los incapaces (2).

§ II.—¿SOBRE QUE BIENES PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

364. Los inmuebles son los únicos bienes que pueden darse en enfiteusis. Nuestra ley lo dice (art. I). Esta es una nueva diferencia entre el arrendamiento ordinario y el enfiteutico, lo mismo que entre la enfiteusis y el usufructo. Las necesidades sociales y económicas que hicieron que se introdujese el contrato de enfiteusis nada tienen de común con los objetos mobiliarios; si no hay modo

1 Lieja 19 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 235). Compárese Donelli, "Comment," IX, 13, 10.

2 Voet, "Commentar. ad Paudedas," lib. VI, tit. III, pfo. 6, p. 440.

de alquilarlos, si lo hay de venderlos. Hay más. La enfiteusis primitiva no se aplicaba á todo género de inmuebles el título mismo de las Pandectas que trata de la enfiteusis indica que los fundos de tierra eran los únicos objetos de los contratos enfiteuticos. Doneau, fiel al espíritu de la legislación romana, dice que los edificios no pueden darse en enfiteusis, ellos no eran objeto de los arrendamientos enfiteuticos sino como accesorios del suelo. Pero si el fin de la institución fué el hallar cultivadores para las inmensas propiedades de los ramos del imperio, la institución no tardó en extenderse. Voet dice que en su tiempo dábanse los molinos en enfiteusis en los Países Bajos (1). Según nuestro derecho, la cuestión no es dudosa, supuesto que la ley de 1824 se sirve de la expresión general de *inmuebles*.

§ III.—¿CON QUE TITULO PUEDE ESTABLECERSE
LA ENFITEUSIS?

365. El usufructo con el cual tiene mucha analogía la enfiteusis, puede establecerse á título gratuito ó á título oneroso. ¿Sucede lo mismo con la enfiteusis? La tradición repele la idea de lo gratuito; el contrato lleva el nombre de arrendamiento y no hay arrendamiento gratuito, y si se quiere ver en él una venta tampoco hay venta gratuita. Nuestra ley decide la cuestión en el mismo sentido, puesto que exige una renta anual, que el enfiteuta debe pagar al propietario en reconocimiento de su derecho de propiedad. Sin embargo, todos los autores enseñan que la enfiteusis puede constituirse por testamento, por más que confiesen que no hay un solo ejemplo de enfiteusis testamentaria. Como la enfiteusis impone obligaciones al enfiteuta, no se consibe á primera vista que se establezca por

1 Donelli, "Comment," IX, 13, 11 (t. V, p. 350). Voet, VI, 3, 7 p. 440.

una simple declaración de voluntad del propietario. Y además, ¿no es el legado un título gratuito como la donación? Compréndese que no hay enfiteusis sin renta; así es que el testador deberá hacer este cargo á su legado; será también necesaria la aceptación del legatario para que haya enfiteusis, puesto que no puede ser obligado sin su consentimiento (1). Habría, no obstante, esta diferencia entre la enfiteusis testamentaria y la contractual, que la primera no debería registrarse, puesto que, según nuestra ley hipotecaria, las escrituras entre vivos son las únicas sometidas al registro. Inútil es detenernos por más tiempo en una cuestión que es una de esas dificultades que la teoría imagina y que la práctica ignora.

366. Según su origen y según su objeto, la enfiteusis es un contrato ó título oneroso. Eleva siempre el nombre de arrendamiento, lo que implica que se perfecciona por el concurso de consentimientos. Como ejendra un derecho real inmobiliario, la escritura en que conste deberá registrarse. ¿Debe inferirse de aquí que sea necesario un escrito para la validez del contrato enfiteutico? La tradición deja alguna duda. Doneau enseña que, conforme á la ley de Zenón, se necesitaba un escrito; pero están las constituciones imperiales tan mal redactadas, que poco valor tiene una argumentación fundada en el texto solo. Lo que es cierto es que en la práctica se separaron de la constitución de Zenón. Voet establece muy bien que, como la enfiteusis participa de la venta y del arrendamiento, ya no había razón de exigir un escrito para la validez del arrendamiento enfiteutico como para el arrendamiento ordinario ó para la venta. En la antigua jurisprudencia, no era suficiente el contrato para transmitir la propiedad ni un derecho real cualquiera, se necesitaban formalidades cono-

1 Donelli, "Comment." IX, 13, 13 (t. 5º, p. 551). Voet, VI, 3, 3.

cidas con el nombre de *obras de ley* (1). El código civil ha invocado al establecer el principio de que la propiedad se transmite por el solo efecto del concurso de consentimientos. Pero esto no es verdad sino entre las partes; respecto á terceros, es requicito la transcripción. Si hubiere una enfiteusis establecida por testamento, se necesitaría absolutamente de un escrito, puesto que en el testamento es un acto solemne; en cambio, no se necesitaría el registro, según la ley belga sobre el régimen hipotecario (art. 1º).

367. En el antiguo derecho, la enfiteusis podía establecerse á perpetuidad, y aun se tenía por perpetua si en cláusula expresa no se estipulaba que fuese temporal. Domat iba mas lejos, hacía de la perpetuidad una condición esencial de la enfiteusis; éste, según él, es uno de los caracteres que distinguen el arrendamiento enfiteutico del ordinario (2). Las leyes promulgadas despues de la revolución de 1789 abolieron la perpetuidad de todo género de concesiones, mantuvieron la enfiteusis temporal hecha por noventa y nueve años; en cuanto á las enfiteusis contraídas á perpetuidad, se declararon redimibles, lo mismo que todas las rentas perpetuas (3). La ley belga de 1824 ha mantenido este principio: ella fija un máximum de duración de noventa y nueve años y un mínimum de veintisiete; esta es la única disposición que el legislador no permite que se derogue (arts. 1 y 17).

368. ¿Que efecto tendría un arrendamiento enfiteutico contraído por menos de veintisiete años ó por más de noventa y nueve? Ninguna dificultad hay respecto á la primera hipótesis. ¿Por qué el legislador belga ha fijado un mínimum de duración para su arrendamiento enfiteutico?

1 Donelli, "Comment, IX, 13, 14 (t. 5º, p. 552). Voet, VI, 3, 3.

2 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 1.

Domat, "Leyes civiles," lib. 1, tit. IV, sec. X, núms. 3 y 4.

3 Ley de 18-29 de Diciembre, 1790, art. 1º.

Cuando la discusión preparatoria del proyecto de ley, una sección había pedido que se suprimiera esta disposición. El gobierno costestó que tenía que fijarse á la enfiteusis un período bastante largo, porque de lo contrario no quedaría ninguna diferencia característica entre este contrato y el de arrendamiento. Luego si el contrato se celebra por menos de veintisiete años, cesará de ser una enfiteusis para convertirse en un arrendamiento común regido, por lo tanto por los principios respectivos del código.

Es mayor la dificultad respecto al arrendamiento enfiteutico que excediese de noventa y nueve años. El tal contrato no tiene valor como arrendamiento, porque se admite que la ley de 1790 se aplica á los arrendamientos comunes. ¿Debe inferirse que sea nulo el contrato, en el sentido de que ningún efecto produzca? Es de principio que los contratos deben interpretarse de suerte que produzcan algún efecto antes que darles un sentido en cuya virtud ninguno producirían (art. 1157). Si simplemente las partes se han excedido del término de noventa y nueve años sin que declaren perpetua la enfiteusis, habrá contrato enfiteutico, pero cada una de las partes podrá pedir que se reduzca á la duración legal. Lo que las partes han deseado es que el arrendamiento tuviese la mayor duración posible; y se presta, en efecto, á su voluntad manteniendo el arrendamiento por noventa y nueve años. Acostumbrábase en otros tiempos en nuestras provincias estipular que la enfiteusis durase cien años y un día, y en verdad que nadie se atrevería á anular un contrato semejante. ¿Pero qué debe decidirse cuando el contrato se estipula á perpetuidad?

Hagamos desde luego constar que la ley de 1824 no anula el contrato, sino únicamente dice que las partes no pueden derogar la disposición que fija un maximum de duración para la enfiteusis. Queda por averiguar cuál se

rá el efecto de contrato semejante. ¿Habrá que reducirlo á la duración legal de noventa y nueve años? Esto sería cambiar la naturaleza de los convenios que las partes han querido celebrar; ellas han deseado estipular un contrato perpetuo; reducir á éste á tiempo determinado equivaldría á alterar los convenios con el pretexto de interpretarlos. El juez no goza de tal derecho. ¿Quiere decir esto que el arrendamiento será nulo, que no producirá ningún efecto? No, sino que caerá bajo la aplicación de la ley de 1790, la que permite que se rescaten todas las rentas perpetuas estipuladas en el antiguo derecho. Este principio ha sido consagrado para lo futuro en el art. 530 del código civil, por cuyos términos toda renta establecida á perpetuidad, por el precio de la venta de un inmueble, ó como condición de la cesión de un predio inmobiliario, es esencialmente redimible. Una concesión enfiteutica hecha á perpetuidad cae bajo la aplicación de esta disposición; luego el contrato subsistirá, pero el enfiteuta podrá á toda hora pedir la redención del censo á que se había obligado pagar, lo que transformará la renta en un precio capital. Tal es la opinión general (1) que ha sido consagrada por la jurisprudencia (2).

La aplicación de estos principios ha originado una dificultad. Cuando el arrendamiento se ha hecho á favor del concesionario y de sus descendientes en línea directa ¿debe considerarse como perpetuo ó como temporal? Se ha fallado que en un arrendamiento celebrado por duración ilimitada, aunque con cláusula de resolución si se realiza la condición prevista por el contrato, es una enfiteusis perpetua; en efecto, no puede decirse que sea temporal, pues-

1 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 5°, núm. 7, (t. 7°, p. 288). Durantón, t. 4°, p. 68, núm. 78.

2 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1824 (Daloz, en la palabra "Arrendamiento enfiteutico," núm. 15, 1°).

to que no está limitado á un término fijado de antemano. Pero opinamos que la corte de casación ha ido demasiado lejos al decidir, en los motivos, que todos los arrendamientos hechos por más de noventa y nueve años, se tienen por celebrados á perpetuidad (1). La ley de 1790 no establece esta presunción, y la de 1824, menos aun, porque ni siquiera pronuncia la palabra perpetuidad. En nuestra opinión, es grande la diferencia; si la enfiteusis se ha contratado por un tiempo que excede de la duración legal, queda, no obstante, como arrendamiento enfiteutico; el enfiteuta no podrá pedir la redención, mientras que sí puede pedirla si es perpetuo el arrendamiento. ¿Deben aplicarse los mismos principios á un arrendamiento hereditario? La corte de casación falló la afirmativa; pero ella no hizo más que confirmar una sentencia pronunciada por la corte de Colmar (2). Así, pues, la decisión se aplica más bien á los arrendamientos hereditarios, tales como se acostumbra en Alsacia, que á toda suerte de arrendamientos perpetuos. ¿No es ir demasiado lejos asentar como principio, tal como parece hacerlo la sentencia, que todo arrendamiento hereditario ó perpetuo es una enfiteusis? ¿Acaso no puede ser la intención de las partes la de conservar al arrendamiento hereditario la índole de un derecho de crédito? Y un derecho de crédito, por prolongada que se suponga su duración, jamás es un derecho real. Volveremos á hablar de la duración de los arrendamientos en el título respectivo.

369. ¿Puede establecerse la enfiteusis por prescripción? En derecho romano, la cuestión era muy debatida. En otros tiempos la afirmativa se adoptaba generalmente;

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Enero de 1852, (Dalloz, 1852, 1, 250).

2 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Junio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 284).

discutíase únicamente si había que aplicar los principios que rigen la prescripción de las servidumbres ó las concernientes á la prescripción de la propiedad (1). Este acuerdo de los antiguos es de mucho peso en el debate. Aun suponiendo que se hayan engañado, no por eso deja su opinión de atestiguar la tradición, y este punto es capital, supuesto que la enfiteusis es una institución esencialmente tradicional. ¿Pero realmente se han engañado? La controversia dura aún, y no tenemos facultad alguna para resolverla; sin embargo, hay un argumento que nos ha llamado la atención. Los textos dejan indecisa la cuestión, lo que equivale á decir que se queda en el dominio del derecho común. Ahora bien, la propiedad se adquiere por prescripción, tanto como sus desmembramientos, el usufructo y las servidumbres. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con la enfiteusis? (2). En derecho francés, el argumento tiene mucha fuerza; la prescripción es un medio muy general de adquirir (arts. 711 y 2219); ¿puede haber una excepción para la enfiteusis sin un texto que la consagre? Hay objeciones, pero son netamente romanas, ó por mejor decir, de teoría, porque la práctica las ha ignorado por mucho tiempo, y lo que aquí nos interesa, sobre todo, es la tradición viva. En este terreno, la cuestión cesa de ser dudosa. Voet enseña como principio incontéstable que la enfiteusis se adquiere por prescripción en todos los casos en que tiene lugar la prescripción adquisitiva (3). Sucedió lo mismo en la jurisprudencia (4). Por último, se ha falla-

1 Glück, "Pandekten," t. 8º, pfo. 609, p. 466.

2 Windscheid, "Lehrbuch der Pandekten," t. 1º, p. 629, pfo. 221. En el mismo sentido, Van Wetter, "Curso de derecho romano," tomo 1º, p. 462 y nota 5, y los autores citados en la obra. En sentido contrario, Vangerow, "Pandekten," t. 1º, p. 130, y los autores que él cita.

3 Voet, "Comment. ad Pandect." VI, 3, 4, p. 439.

4 Troplong, "Del arrendamiento," núm. 35, y los autores que cita, p. 92, nota 7, de la edición belga.

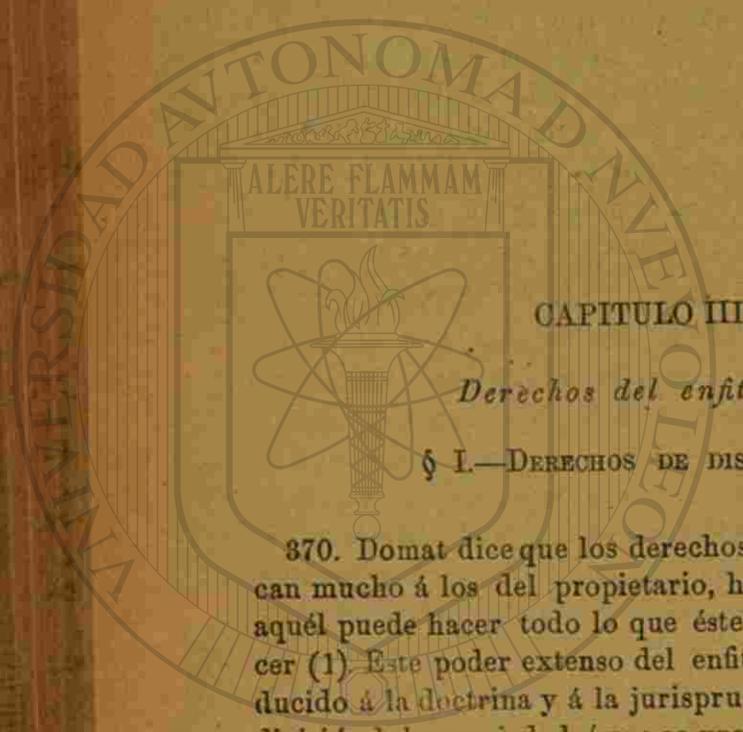
do, que tanto por las costumbres flamencas, como por el derecho canónico y el civil, la prescripción de cuarenta años era suficiente para prescribir el dominio, sea directo, sea útil, contra las iglesias, cabildos y comunidades (1). Queda por saber si el principio tradicional es también de nuestro derecho moderno.

La ley de 1824, tanto como la legislación romana, enmudece. Este silencio nada prueba, porque la ley no trata de los modos por cuyo medio puede constituirse la enfiteusis, y por lo mismo, mantiene el derecho común. El principio de la prescripción es general, según acabamos de decirlo. Para que no se aplicara á la enfiteusis, sería preciso que alguna regla de la prescripción adquisitiva se opusiese á la prescripción. La usucapion es la prescripción adquisitiva propiamente dicha; exige título, buena fe y posesión de diez á veinte años. La enfiteusis puede invocarla en virtud del art. 2265; esto nos parece más dudoso; el único autor que examina la cuestión es de nuestro parecer (2). Pero se pretende que la prescripción de treinta años es inadmisibile, no exige ni título ni buena fe, y se funda en la posesión. Luego hay que suponer que una persona ha poseído durante treinta años un predio á título de enfiteusis; nosotros creemos que habrá adquirido el derecho de enfiteusis por prescripción. Se objeta que la enfiteusis es un derecho temporal cuya duración varia según el título, desde veintisiete hasta noventa y nueve años. ¿Por qué término prescribirá el enfiteuta? Puede decirse que por el máximun, porque tal es la intención del que prescribe. Sin embargo, la decisión es arbitraria. A decir verdad, la dificultad exigiría una solución legislativa. Se objeta, además, que la prescripción hace que se

1 Bruselas, 11 de Febrero de 1819 (*Pasicrisia*, 1810, p. 305).

2 Pepino, Le Herlleur, "Historia de la enfiteusis," ps. 320 y siguientes.

adquiera un derecho, pero no crea una obligación; sin embargo, la enfiteusis impone una obligación, la de pagar un censo. ¿En virtud de qué principio el enfiteuta que haya prescrito pagará el canon? Nosotros contestamos que puesto que se pretende enfiteuta, debe también pagar un censo enfiteutico, porque esta es la consecuencia de la prescripción. Se adquiere por la prescripción lo que se ha poseído, y el que invoca la prescripción ha poseído durante treinta años con obligación de pagar una renta, luego continuará pagándola: *tantum prescriptum, quantum possessum*.



CAPITULO III.

Derechos del enfiteuta.

§ I.—DERECHOS DE DISPOSICION.

370. Domat dice que los derechos del enfiteuta se acercan mucho á los del propietario, hasta el punto de que aquél puede hacer todo lo que éste tiene derecho á hacer (1). Este poder extenso del enfiteuta es lo que ha inducido á la doctrina y á la jurisprudencia á imaginar una división de la propiedad, ó una co-propiedad entre el enfiteuta y el arrendador. La corte de casación ha acabado por renunciar á esta teoría, que nuestra ley condena. Esta repite lo que dice Doneau: "El enfiteuta ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad del predio" (art. 3); pero se apresura á decir: "nada puede hacer de lo que disminuya su valor." Luego él no tiene ese poder ilimitado que al propietario pertenece y que le permite abusar. Lo que equivale á decir que él no es propietario, y que no tiene más que un desmembramiento de la propiedad. Conforme al rigor de los principios, debe decirse que el derecho real de enfiteusis está en el dominio del enfiteuta.

1 Donelli, "Comment.," IX, 14, 2 y 3.

ta, pero que éste no tiene la propiedad del predio enfiteutico: ¿cómo había de tenerla cuando paga un censo para reconocer el derecho de propiedad del arrendador?

371. La propiedad, dice el art. 544, es el derecho de disponer de las cosas de la manera la más absoluta. Este poder de disponer implica el derecho de enagenar. El enfiteuta tiene también el derecho de enagenar; pero ¿qué es lo que puede vender, cambiar, donar? ¿Acaso el predio enfiteutico? Nó; la ley velga dice que él tiene la facultad de enagenar su derecho (art. 6). Este poder de enagenación que tan á menudo se alega en las sentencias de la corte de casación para probar que el enfiteuta tiene el dominio útil, depone, pues, en contra de quienes lo invocan; no difiere en su esencia del poder del usufructuario; éste puede también "vender ó ceder su derecho á título gratuito" (art. 595); hasta el tomador puede ceder su arrendamiento (art. 4717). El enfiteuta no puede enagenar el predio enfiteutico, por la excelente razón de que dicho predio no le pertenece; y no podemos transmitir á otros más derechos que los que nosotros mismos poseemos. El enfiteuta sólo tiene un derecho real, que será lo único que pueda transmitir (1). En este concepto es como Doneau interpreta las leyes romanas (2); y bajo el punto de vista de los principios, esto no tiene duda.

372. Conforme á las leyes romanas, el derecho de enagenar estaba sometido á varias restricciones. En primer lugar, el enfiteuta debía denunciar la enagenación del propietario. Esta obligación tenía, sobre todo, por objeto permitir que el arrendador ejerciese el derecho de preferencia que las constituciones imperiales le daban sobre el adquirente *jus protimeseos*. Si el arrendador no usaba

1 Gesterding, "Die Lehre von Eigenthum," p. 421, nota 9.

2 Donelli, Comment." lib. IX, c. XIV, pfo. 7, p. 263.

de esta facultad, se mantenía la enagenación, con obligación por parte del nuevo enfiteuta, de pagar al propietario cierta suma de dinero llamada *laudemium*, en reconocimiento de la propiedad del arrendador; en el silencio de los convenios, esta suma se fijaba en un dos por ciento del precio de compra ó de la estimación en caso de donación (1). Ya no existen estas diversas restricciones. Según los términos del art. 12 de nuestra ley: "ningún censo extraordinario se debe á cada mutación de la enfiteusis, ni al hacerse la partición de una comunidad." En cuanto al derecho de preferencia ya había caído en desuso en el antiguo derecho; en realidad, es contrario á los principios, porque el que tiene un derecho en su dominio debe tener la facultad ilimitada de enagenar. Esto es así respecto del usufructuario, y aun del tomador, y no hay razón para que no lo sea respecto del enfiteuta. Abolido el derecho de preferencia, parece que deja de tener razón de ser la obligación de denunciar la enagenación al propietario (2). Sin embargo, la ley habría debido prescribir una notificación, cualquiera que ella fuese; en efecto, en la opinión común, el arrendador puede proceder directamente contra el nuevo enfiteuta por pago del canon, luego es de precisión que aquél conozca la translación.

373. Se ha fallado que los adquirentes sucesivos del predio enfiteutico están sometidos á las mismas obligaciones que el enfiteuta primitivo. La corte de Genova ha llegado hasta hacer que el proceder actual sea causante de todas las rentas vencidas y de todos los gastos erogados contra los poseedores anteriores (3). Esta decisión supone que la renta á que está obligado el enfiteuta constituye

1 L. 3, c. de "jure emphyteuticario, (IV, 66).

2 Troplong, "Del arrendamiento," núm. 14, p. 44. Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 164, p. 48.

3 Guinoble, 13 de Febrero de 1833 (Dalloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 28).

una carga real. La ley belga no dice esto, y tampoco resulta de los principios. El enfiteuta debe pagar una renta al propietario en virtud de un compromiso personal; ahora bien, las obligaciones no son transmisibles por vía de cesión; cédense los derechos, pero nunca las deudas. Así, pues, á nuestro juicio, el cesionario sólo está obligado con el cedente, y el arrendador sólo tiene contra él la acción indirecta que pertenece á los acreedores del cedente (art. 1166). La misma cuestión se presenta en el arrendamiento ordinario; insistiremos en esto en el título del *Arrendamiento*.

374. El enfiteuta puede también hipotecar su derecho. Tales son los términos de la ley de 1824 (art. 6), y nuestra ley hipotecaria repite que el derecho de enfiteusis es susceptible de hipoteca. Así es que no es el predio enfiteutico lo que el enfiteuta puede gravar con hipoteca, porque no le pertenece, sino que es propiedad del arrendador, y sólo éste puede hipotecarlo; del mismo modo, en caso de usufructo, el nudo propietario puede hipotecar la nuda propiedad, y el usufructuario puede hipotecar el derecho de usufructo. El código civil así como nuestra nueva ley hipotecaria, admiten, en efecto, que ciertos derechos inmobiliarios pueden gravarse con hipoteca. Pero como estos derechos son temporales, su hipoteca también lo será. La ley de 1824 (art. 6) y la hipotecaria (art. 45) lo dicen formalmente. Esto no es más que la aplicación del principio elemental que acabamos de recordar: no pueden transmitirse más que los derechos que uno mismo tiene.

El código civil no habla de la enfiteusis; de aquí surge un debate muy serio, en derecho francés, acerca de saber si el enfiteuta puede hipotecar. Este debate ha sido resuelto afirmativamente por la corte de casación; pero ello se presta á dudas, á nuestro parecer. El artículo 2118 es

tá concebido en los términos los más restrictivos: "Únicamente son susceptibles de hipotecas, los bienes inmobiliarios y el usufructo de los mismos bienes." Luego entre los derechos reales inmobiliarios, sólo el usufructo puede hipotecarse. Esto nos parece decisivo. Este es un vacío que sólo el legislador puede colmar.

375. La ley de 1824 (art. 6) dice que el enfiteuta puede gravar el predio enfiteutico con servidumbre por el tiempo que dure su goce. Esto es una derogación de los verdaderos principios. El propietario es el único que puede establecer servidumbres en el predio que le pertenece. Ahora bien ¿de qué es propietario el enfiteuta? De su derecho de enfiteusis; y un derecho no puede gravarse con servidumbres. Para permitir al usufructuario que consienta servidumbres mientras dura su derecho, ha sido preciso imaginar las *cuasi-servidumbres*, es decir, una ficción que la ley ignora. La ley belga consagra la ficción para la enfiteusis. Esta es la única explicación que pueda darse sobre esa anomalía.

376. La ley belga no habla de las acciones que pertenecen al enfiteuta. Nuestras leyes modernas guardan silencio sobre esta materia que hacía tan gran papel en derecho romano. La doctrina ha llenado el vacío. La corte de casación ha fallado que el enfiteuta tiene las acciones posesorias (1). La sentencia está muy mal motivada, porque invoca el dominio útil del enfiteuta para reconocerle el derecho á las acciones posesorias. Si en derecho no tuviese otro fundamento, habría que denegárselo, supuesto que nuestro derecho no conoce dominio útil. Pero no se necesita recurrir á semejante ficción. La enfiteusis da al enfiteuta un derecho real; este derecho está en su dominio; por lo mismo, él puede prevalerse del art. 23 del código de

1 Sentencia de casación, de 26 de Junio de 1822 (Daloz, *Acción posesoria*, núm. 534).

procedimientos, por cuyos términos las acciones posesorias pueden ser formuladas por aquél que por espacio de un año está en posesión pacífica, á título no precario. En vano se diría que el enfiteuta es poseedor precario, puesto que tiene su derecho del propietario, y que debe reconocerlo pagándole un censo. Esto es muy cierto, en el sentido de que el enfiteuta no puede invocar la posesión para prescribir contra el dueño del predio; pero él no es poseedor precario respecto á los que lo perturban en su posesión, supuesto que posee en virtud de un derecho real, lo que es un título de propietario. Luego debe aplicarse al enfiteuta lo que hemos dicho del usufructuario (1). El derecho romano concedía también al enfiteuta las acciones reales, sólo que las calificaba de *útiles* para marcar que el enfiteuta no era el propietario del predio que tenía en arrendamiento, únicamente al propietario pertenecían las acciones reales directas (2). La distinción, aunque sutil, es muy justa. En el derecho francés, las acciones han dejado de tener el nombre legal que les distingue, y ya conocemos las acciones directas y útiles. Luego hay que decir, con la doctrina y la jurisprudencia, que el enfiteuta tiene las acciones reales que nacen de su derecho real é inmobiliario (3).

§ II.—DERECHO DE GOCE.

377. La ley belga dice que el enfiteuta tiene el *goce pleno* del inmueble, que puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, pero que no puede hacer nada de lo que disminuya su valor (arts. 1 y 3). De

1 Véase el t. 4º de estos *Principios*, núm. 365.

2 Donelli, "Comment." IX, 14, 4 (t. 5º, p. 560).

3 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Julio de 1832 (Daloz, "Enfiteusis," núm. 9).

tá concebido en los términos los más restrictivos: "Únicamente son susceptibles de hipotecas, los bienes inmobiliarios y el usufructo de los mismos bienes." Luego entre los derechos reales inmobiliarios, sólo el usufructo puede hipotecarse. Esto nos parece decisivo. Este es un vacío que sólo el legislador puede colmar.

375. La ley de 1824 (art. 6) dice que el enfiteuta puede gravar el predio enfiteutico con servidumbre por el tiempo que dure su goce. Esto es una derogación de los verdaderos principios. El propietario es el único que puede establecer servidumbres en el predio que le pertenece. Ahora bien ¿de qué es propietario el enfiteuta? De su derecho de enfiteusis; y un derecho no puede gravarse con servidumbres. Para permitir al usufructuario que consienta servidumbres mientras dura su derecho, ha sido preciso imaginar las *cuasi-servidumbres*, es decir, una ficción que la ley ignora. La ley belga consagra la ficción para la enfiteusis. Esta es la única explicación que pueda darse sobre esa anomalía.

376. La ley belga no habla de las acciones que pertenecen al enfiteuta. Nuestras leyes modernas guardan silencio sobre esta materia que hacía tan gran papel en derecho romano. La doctrina ha llenado el vacío. La corte de casación ha fallado que el enfiteuta tiene las acciones posesorias (1). La sentencia está muy mal motivada, porque invoca el dominio útil del enfiteuta para reconocerle el derecho á las acciones posesorias. Si en derecho no tuviese otro fundamento, habría que denegárselo, supuesto que nuestro derecho no conoce dominio útil. Pero no se necesita recurrir á semejante ficción. La enfiteusis da al enfiteuta un derecho real; este derecho está en su dominio; por lo mismo, él puede prevalerse del art. 23 del código de

1 Sentencia de casación, de 26 de Junio de 1822 (Daloz, *Acción posesoria*, núm. 534).

procedimientos, por cuyos términos las acciones posesorias pueden ser formuladas por aquél que por espacio de un año está en posesión pacífica, á título no precario. En vano se diría que el enfiteuta es poseedor precario, puesto que tiene su derecho del propietario, y que debe reconocerlo pagándole un censo. Esto es muy cierto, en el sentido de que el enfiteuta no puede invocar la posesión para prescribir contra el dueño del predio; pero él no es poseedor precario respecto á los que lo perturban en su posesión, supuesto que posee en virtud de un derecho real, lo que es un título de propietario. Luego debe aplicarse al enfiteuta lo que hemos dicho del usufructuario (1). El derecho romano concedía también al enfiteuta las acciones reales, sólo que las calificaba de *útiles* para marcar que el enfiteuta no era el propietario del predio que tenía en arrendamiento, únicamente al propietario pertenecían las acciones reales directas (2). La distinción, aunque sutil, es muy justa. En el derecho francés, las acciones han dejado de tener el nombre legal que les distingue, y ya conocemos las acciones directas y útiles. Luego hay que decir, con la doctrina y la jurisprudencia, que el enfiteuta tiene las acciones reales que nacen de su derecho real é inmobiliario (3).

§ II.—DERECHO DE GOCE.

377. La ley belga dice que el enfiteuta tiene el *goce pleno* del inmueble, que puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, pero que no puede hacer nada de lo que disminuya su valor (arts. 1 y 3). De

1 Véase el t. 4º de estos *Principios*, núm. 365.

2 Donelli, "Comment." IX, 14, 4 (t. 5º, p. 560).

3 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Julio de 1832 (Daloz, "Enfiteusis," núm. 9).

lo que se infiere que la expresión *que no goce* no debe tomarse al pié de la letra cuando se compare el goce del enfiteuta con el del usufructuario; puede decirse que es pleno, porque la ley no añade la restricción de que el enfiteuta debe disfrutar como el antiguo propietario. Más adelante volveremos á tratar este punto. Pero si el goce del enfiteuta es más extenso que el del usufructuario, es menos extenso que el del propietario. Este disfruta de las cosas de la manera más absoluta, mientras que el enfiteuta se halla en presencia de un propietario cuyos derechos no puede comprometer: en este sentido es como la ley dice que él no puede hacer nada que disminuya el valor del predio enfiteutico. Así, pues, su goce, á diferencia del propietario, implica una obligación; él debe disfrutar como buen padre de familia, según lo expresamos más adelante (1). La asimilación que la ley establece entre los derechos del enfiteuta y los del propietario, decide una cuestión que se debate en derecho romano y en derecho francés. Si se descubre un tesoro en el predio enfiteutico ¿á quién corresponderá la parte que el código atribuya al propietario del predio? Conforme á los principios, tales como los formula el art. 716, habría que decidirse á favor del arrendatario, porque es el único propietario; por otra parte, como el tesoro no es ni un fruto ni un producto de la cosa, el enfiteuta no tiene ningún título para reclamarlo, como tampoco el usufructuario (2). Pero la ley belga, al dar al enfiteuta *todos los derechos* inherentes á la propiedad del predio, resuelve con esto mismo, la cuestión á favor de aquél (3). Los autores de la ley belga han seguido en este punto la tradición nacional. Voet atribuye el tesoro al enfiteuta, y para ello aduce un argu-

1 Voet, "Comment. in Pandectas," VI, 3, 11.

2 Durantón, t. 4º, p. 269, núm. 314.

3 Troplong, "Del arrendamiento," núm. 38, p. 92.

mento malo: el enfiteuta, dice él, debe considerarse como propietario, puesto que tiene el dominio útil. Nó, él no tiene ningún dominio en el predio enfiteutico, luego ningún título tiene para reclamar el tesoro. Además, el espíritu del código reclama contra la doctrina de Voet. Al atribuir una parte del tesoro al propietario del predio, el legislador supone que el tesoro ha sido enterrado en el predio por los antepasados del que actualmente lo posee. Y ¿puede admitirse tal suposición para pobres enfiteutas? ¿tienen éstos que ocultar algún tesoro? Mientras que es fácilmente presumible que el antiguo propietario ha ocultado el tesoro que el enfiteuta descubre. Se nos perdonará esta crítica, en honra de los principios.

Hay otra cuestión controvertible cuando se trata del usufructuario. El art. 596, al decir que aquél disfruta del aluvión, parece negarle el uso de la isla (1). Otro tanto pudiera decirse del enfiteuta, cuyo derecho está limitado como el del usufructuario. Pero la ley belga decide la controversia á favor del enfiteuta, y esto siguiendo siempre la opinión de Voet (2). El principio de la accesión es suficiente para justificar esa decisión.

378. Después de haber planteado el principio que prohíbe al enfiteuta disminuir el valor del predio, la ley belga agrega (art. 3): "así es que, entre otras cosas, se le prohíbe que extraiga piedras, ulla, turba, arcilla y otras materias semejantes que formen parte del predio, á menos que la explotación haya comenzado ya en la época en que se inició su derecho." Tal es el principio que el código Napoleón establece en materia de usufructo (art. 598). Luego puede aplicarse al enfiteuta, por analogía, lo que hemos dicho del derecho del usufructuario sobre las minas (t. VI, núms. 448 y siguientes). Aquí la ley abandona

1 Véase el tomo 4º de "estos principios," núm. 373.

2 Voet, "Commen. in Pand.," VI, 3, 11.

la analogía de la enfiteusis y de la propiedad, y con razón. El enfiteuta disfruta de un inmueble perteneciente á otro, su derecho es temporal, debe restituir la cosa de que disfruta; luego es preciso que la conserve. En los orígenes de esta institución, el enfiteuta recibía el predio en arrendamiento, con obligación de mejorarlo; la ley ya no le impone esta obligación, pero al menos es necesario que al extinguirse la enfiteusis, el dueño recobre un goce tan provechoso como el que entregó al enfiteuta al celebrarse el contrato. Esto no es más que el principio del usufructo, y en este punto hay analogía entre ambos derechos.

Si la explotación de la mina comienza mientras dura la enfiteusis ¿quién aprovechará la renta que el concesionario debe pagar al propietario del predio? Una sección propuso la cuestión al examinarse el proyecto de ley sobre la enfiteusis. El gobierno contestó que tocábale al juez decidir, pero que, sin embargo, no creía engañarse al emitir la opinión que la indemnización se debe al propietario, porque los derechos del enfiteuta están limitados á los que no disminuyan el valor del predio. La verdad es que ni siquiera hay cuestión, porque basta plantearla para resolverla.

En materia de usufructo, hay alguna incertidumbre sobre el punto de saber si el usufructuario puede extraer la arcilla ó las piedras que le sean necesarias para construir. Se ha fallado que el enfiteuta nada puede extraer del suelo, aun cuando se limitara á las cosas necesarias para las construcciones que se propone levantar en el predio (1). La cuestión ni siquiera puede ya proponerse conforme á nuestra legislación, porque el art. 3 de la ley de 1824 es expreso, y resuelve la dificultad conforme á los principios. Nosotros acabamos de recordarla: si el enfiteuta no

1 Donai, 9 de Marzo de 1854, (Dalloz, 1854, 5, 480).

está ya obligado á mejorar, por lo menos no puede deteriorar.

379. ¿El enfiteuta puede cambiar la superficie? En el antiguo derecho, la cuestión estaba controvertida, porque la doctrina y la jurisprudencia francesas estaban vacilantes (1). La incertidumbre proviene de la doble analogía que existe entre los derechos del enfiteuta y los del propietario, por una parte, y por la otra, entre la enfiteusis y el usufructo. El enfiteuta es cuasi propietario, dicese, y con razón; de aquí podría inferirse que puede disfrutar de la superficie como se le ocurra. Pero la ley abandona esta asimilación cuando se trata de minas; pone al enfiteuta en la misma línea que al usufructuario, y lo hace por aplicación de un principio tradicional que ella formula en estos términos: "El enfiteuta no puede hacer nada que disminuya el valor del predio (art. 3). Este último principio es el que debe aplicarse á nuestra cuestión: la ley misma lo hace al decir que el enfiteuta puede mejorar la heredad con construcciones, desmontes y plantaciones." De aquí preciso es inferir que él puede cambiar la superficie, si el cambio constituye una mejora. Así, pues, el goce del enfiteuta guarda justo medio entre el del propietario y el del usufructuario; éste no puede innovar, ni aun mejorando, mientras que el enfiteuta sí puede. Pero no puede hacerlo de modo que disminuya el valor del predio, mientras que al propietario sí se le permite.

Se ha fallado que el enfiteuta no puede desecar un estanque (2). Esto es demasiado absoluto. La corte asienta como principio que si el propietario ha usado de una parte del predio para su recreo, el enfiteuta está obligado á

1 D'vergier, "Del arrendamiento," núm. 180, p. 52. Compárese Troplong, "Del arrendamiento," núm. 38, p. 92.

2 Metz, 21 de Diciembre de 1826 (Dalloz, "Arrendamiento enfiteutico," núm. 31).

conservarlo á ese destino. Sin duda que si, si tal es la voluntad de las partes contrayentes, y en el caso de que se trata parece que así era. Pero si el arrendamiento no contiene ninguna estipulación á este respecto, hay que ceñirse al principio: el enfiteuta podrá desecar si de ello resulta una mejoría para el predio, así como la ley le permite que mejore la heredad por medio de desmontes. La analogía es completa, porque el bosque puede servir de ornato, así como el estanque puede destinarse al recreo del propietario.

Si el enfiteuta hace una innovación que no tiene derecho á hacer, el propietario tiene inmediatamente acción contra él para obligarlo á que restablezca el estado de los sitios. La corte de Metz así lo falló en la sentencia que acabamos de citar, y esto no es dudoso, supuesto que no es más que la aplicación de los principios generales que rigen los contratos. Si el abuso es grave, el arrendador podrá pedir aun la resolución del arrendamiento, como más adelante lo diremos.

380. El goce de los bosques que se hallan en el predio enfiteutico da lugar á algunas dificultades. En el antiguo derecho, se enseñaba que el enfiteuta podía hacer cortes de madera, aun de árboles de alto tronco, y había sentencias en tal concepto. Pero también había opiniones y decisiones en sentido contrario (1). El antiguo derecho es tan incierto, que es difícil buscar en él algunos precedentes. Y la ley belga, fuerza es decirlo, deja mucho que desear. Ella dice que el enfiteuta se aprovechará de los árboles muertos ó caídos por accidente, con obligación de reemplazarlos por otros (art. 4). Este es un derecho más extenso que el del usufructuario (art. 592). La ley de 1824

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1^o, núm. 6. Coquille, "Cuestiones del derecho," cuest. 30. Davergier, "Del arrendamiento," núm. 180.

agrega: "El podrá igualmente disponer á su antojo de las plantaciones que él haya hecho por sí mismo." Por lo demás, ni una sola palabra sobre los cortes ordinarios. ¿Se hará un argumento del silencio de la ley para rehusar al enfiteuta todo derecho á los cortes de madera? Esto será razonar muy mal. Porque la ley le concede el *goce pleno* del predio; ella dice que él disfruta de todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, y aun le permite desmontar, si el desmonte constituye una mejora (artículos 1, 3 y 5). Por aplicación de estos principios, debe decidirse que el enfiteuta puede hacer cortes de conformidad con las ordenanzas. Su derecho es más extenso que el del usufructuario, porque tiene mayor duración. Luego se concibe que él puede cortar hasta grandes árboles, con tal que haga los cortes de suerte que el bosque pueda reproducirse, y que rinda al finalizar la enfiteusis, un valor igual al que ha recibido al estipularse el arrendamiento. Esto es un poco vago, pero culpa es del legislador que había debido dejar resuelto un punto de tal importancia.

381. La ley belga dice que el enfiteuta puede mejorar la heredad con construcciones y plantaciones. ¿Qué viene á ser de estas mejoras al expirar el arrendamiento? Si el título obliga al enfiteuta á edificar y á plantar, se siguen las estipulaciones de las partes contrayentes. Las construcciones y plantaciones serán en este caso la ejecución de una obligación, y déjase entender que el enfiteuta no podrá quitarlas ni reclamar una indemnización, puesto que sólo ha hecho lo que estaba obligado á hacer (art. 7). Cuando ha emprendido mejoras sin estar obligado á ellas, puede, al espirar el arrendamiento, quitar las construcciones y plantaciones; si por ello resulta un daño para el predio, debe repararlo. La ley agrega (art. 8) que el enfiteuta no podrá forzar al propietario del predio á que pague el valor de los edificios, obras, construcciones y planta.

ciones cualesquiera que él haya hecho. Esto no es más que la aplicación de los principios que hemos expuesto en el título del *Usufructo* (1). No estando el enfiteuta obligado á mejorar, puede hacer en el predio las innovaciones que guste, con tal que no cause daño al propietario, y no le dañarán si al extinguirse la enfiteusis se restablece el estado de los lugares sin daño alguno para el predio. Las mejoras dañarían al propietario si fuese obligado á conservarlas y pagarlas. Pero los principios no permiten que se imponga semejante obligación al arrendador. En cambio, él no tiene el derecho de conservar las plantaciones y construcciones; en vano se diría que como ejecutadas en su predio, le pertenecen. Esto es así cuando no existe ningún vínculo jurídico entre el propietario del predio y el poseedor que en éste construye ó planta (art. 555). Pero, en el caso de que se trata, hay un contrato que da al enfiteuta el *gocce pleno del predio*; él disfruta como quiere, y sólo á una cosa está obligado, y es á devolver el predio no deteriorado al arrendador. Este también es el único derecho del propietario (2).

1 Véase el tomo 6° de "estos Principios," p. 604, núms. 485-491.
2 Compárese Merlín, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 1°, núms. 6 y 7. Argou, "Sustitución al derecho francés," tomo 2°, ps. 303 y siguientes; Domat, "Leyes civiles," lib. I. tit. IV, sec. X, núm. 9. Duvergier, "Del arrendamiento," núms. 174 y 180; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 48.

CAPITULO IV.

Obligaciones del enfiteuta.

§ I.—DEL CANON.

382. Dase comunmente el nombre de *canon enfiteutico*, á la renta anual que el enfiteuta debe pagar al arrendador. La ley belga no se sirve de ese término. Siempre se ha enseñado que el canon es de la esencia del contrato enfiteutico, de suerte, que si no lo hubiere, ya no sería una enfiteusis (1). Nuestra ley consagra la doctrina tradicional, supuesto que en la definición que da de la enfiteusis, comprende la obligación de pagar una renta ó censo. Esto se funda también en los principios. La enfiteusis participa de la naturaleza del arrendamiento y de la renta, y no hay arrendamiento sin renta, ni renta sin precio; luego no hay enfiteusis sin canon. Hay, además, analogía entre estos diversos contratos por lo que respecta al objeto de la renta. El precio de la renta, por más que regularmente consista en dinero, puede también estipularse en efectos; esta estipulación es usual para ciertos arrendamientos, y la ley belga decide que el canon puede pagarse, sea

1 Merlín, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1°, número 2.

ciones cualesquiera que él haya hecho. Esto no es más que la aplicación de los principios que hemos expuesto en el título del *Usufructo* (1). No estando el enfiteuta obligado á mejorar, puede hacer en el predio las innovaciones que guste, con tal que no cause daño al propietario, y no le dañarán si al extinguirse la enfiteusis se restablece el estado de los lugares sin daño alguno para el predio. Las mejoras dañarían al propietario si fuese obligado á conservarlas y pagarlas. Pero los principios no permiten que se imponga semejante obligación al arrendador. En cambio, él no tiene el derecho de conservar las plantaciones y construcciones; en vano se diría que como ejecutadas en su predio, le pertenecen. Esto es así cuando no existe ningún vínculo jurídico entre el propietario del predio y el poseedor que en éste construye ó planta (art. 555). Pero, en el caso de que se trata, hay un contrato que da al enfiteuta el *gocce pleno del predio*; él disfruta como quiere, y sólo á una cosa está obligado, y es á devolver el predio no deteriorado al arrendador. Este también es el único derecho del propietario (2).

1 Véase el tomo 6° de "estos Principios," p. 604, núms. 485-491.

2 Compárese Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," párrafo 1°, núms. 6 y 7. Argou, "Sustitución al derecho francés," tomo 2°, ps. 303 y siguientes; Domat, "Leyes civiles," lib. I. tit. IV, sec. X, núm. 9. Duvergier, "Del arrendamiento," núms. 174 y 180; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 48.

CAPITULO IV.

Obligaciones del enfiteuta.

§ I.—DEL CANON.

382. Dase comunmente el nombre de *canon enfiteutico*, á la renta anual que el enfiteuta debe pagar al arrendador. La ley belga no se sirve de ese término. Siempre se ha enseñado que el canon es de la esencia del contrato enfiteutico, de suerte, que si no lo hubiere, ya no sería una enfiteusis (1). Nuestra ley consagra la doctrina tradicional, supuesto que en la definición que da de la enfiteusis, comprende la obligación de pagar una renta ó censo. Esto se funda también en los principios. La enfiteusis participa de la naturaleza del arrendamiento y de la renta, y no hay arrendamiento sin renta, ni renta sin precio; luego no hay enfiteusis sin canon. Hay, además, analogía entre estos diversos contratos por lo que respecta al objeto de la renta. El precio de la renta, por más que regularmente consista en dinero, puede también estipularse en efectos; esta estipulación es usual para ciertos arrendamientos, y la ley belga decide que el canon puede pagarse, sea

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1°, número 2.

en dinero, sea en especie (art. I). Tal es también la doctrina de Voet (1).

La ley de 1824 dice que la renta se paga al arrendador en reconocimiento de su derecho de propiedad. Esta idea viene del derecho consuetudinario ó feudal. Conforme á los verdaderos principios, tales como se seguían en el derecho romano, débese el canon por el goce; pero como por lo común los predios dados en enfiteusis eran incultos y el enfiteuta estaba obligado á mejorar, naturalmente el canon era menos elevado que el arrendamiento ordinario; de todas maneras no difería en substancia del precio que el tomador paga por su goce. Cuando se imaginó la división de la propiedad en dominio directo y en dominio útil, fué cuando el canon cambió de naturaleza, y pasó por ser el reconocimiento del derecho de propiedad que se le quedaba al señor, á título de honra más que de provecho (2). El legislador belga, al consagrar la tradición, ha perdido de vista que en el derecho moderno el enfiteuta no está ya obligado á mejorar; así, pues, su goce es de la misma naturaleza que el del arrendatario, y por lo tanto el canon es idéntico al arrendamiento.

383. No obstante, hay algunas diferencias entre la renta enfiteútica ó canon y la renta por arrendamiento común, diferencias debidas al carácter particular que toma la enfiteusis bajo la influencia del derecho feudal. La ley belga dice que la obligación de satisfacer la renta enfiteútica es indivisible, da una aplicación del principio agregando que cada parte del predio queda gravada con la totalidad de la renta. Esto supone la división del predio enfiteútico, cosa que puede acontecer sea por enagenación parcial, sea por la partición del predio en caso de muerte

1 Voet, "Comment. in Pand." VI, 3, 8.

2 Troplong, "Del arrendamiento," núm. 34, p. 90 de la edición belga.

del enfiteuta. Voet, de quien han tomado esta doctrina los autores de la ley belga, saca esta otra consecuencia, que si uno de los herederos no paga su parte de renta, el arrendador puede pedir la resolución del contrato por el todo. Es evidente que el censo en sí mismo no es indivisible, supuesto que consiste en una suma de dinero ó en efectos, cosas esencialmente divisibles. ¿Por qué, pues, considera la ley como indivisible la obligación de pagar una renta divisible? Esto resulta, dice Voet, de la intención de las partes contrayentes. Ellas no estipularon el canon á título de precio por un goce que puede dividirse, lo que acarrearía la divisibilidad del canon. El arrendador percibe la renta como reconocimiento de su derecho de propiedad; ahora bien, este reconocimiento es una cosa indivisible, en el sentido de que siendo propietario por el total, el enfiteuta debe también reconocer el derecho del dueño por el todo; siendo indivisible la obligación por voluntad de las partes contrayentes, sigue siendo tal respecto á sus herederos (1). Nuestra ley parece que va más lejos; al decir que cada porción del predio permanece gravado con la totalidad de la renta, parece que hace de ésta una carga del predio, lo que conduciría á consecuencias muy graves. De ello resultaría, en efecto, que no estando obligado el enfiteuta como detentor del predio, puede abandonarlo y descargarse, de esta suerte, de las obligaciones que ha contraído. Y si la carga es real, el derecho del arrendador será también real, y por consiguiente, inmobiliario, supuesto que se ejerce en un inmueble. ¿Y es ese realmente el pensamiento de la ley? Trabajo nos da el creerlo. El canon no difiere por su esencia de la renta ordinaria y sólo difiere en cuanto al objeto, en la teoría consuetudinaria ó feudal. Pero esta teoría no es la del derecho moderno; nosotros ya no reconocemos señoría

1 Voet, "Comentario in Pandectas," VI, 3, 37, p. 449.

directa ni dominio útil. Así, pues, queda en pie un contrato en cuya virtud el enfiteuta se obliga á pagar un canon al arrendador; el derecho al canon es un derecho de crédito, es decir, una obligación personal, unicamente que esta obligación no se divide, porque por voluntad de las partes contrayentes es indivisible. En este sentido la ley dice que cada detentor de una parte del predio enfiteutico puede ser obligado á pagar todo el canon. Pero esto no prueba que el canon sea un gravamen del predio.

384. ¿Cuáles son los derechos del arrendador cuando el enfiteuta no paga el canon? Por los términos del artículo 10, el enfiteuta puede ser forzado al pago por la vía ejecutiva. Esto, á nuestro juicio, es una nueva inexactitud. Sin duda que si el arrendador tiene una escritura auténtica, puede ponerla en ejecución por las vías del embargo. Al decir en términos absolutos que el propietario tiene tal derecho, la ley supone que el arrendamiento se hace y debe hacerse por escritura auténtica. Pero ese no puede ser el pensamiento del legislador. En efecto, de ello resultaría que la enfiteusis es un contrato solemne, de un modo contrario á la tradición y en oposición con los principios. Necesitaríase al menos un texto para admitir esta grave derogación del derecho común; un contrato solemne no se crea por vía de inducción. Nuestra conclusión es que el artículo 1º supone, á la verdad, que no existe una escritura auténtica, pero que no la exige.

El arrendador tiene, además, otro derecho cuando el enfiteuta no paga el canon; puede pedir la resolución del contrato. Volveremos á insistir acerca de este punto al tratar de la extinción de la enfiteusis (núms. 396 y siguientes).

385. Existe una segunda diferencia entre el canon y la renta ordinaria. Cuando, mientras dura el contrato del arrendamiento, la totalidad ó al menos la mitad de una

cosecha se pierde por casos fortuitos, el arrendatario puede pedir una rebaja del precio de inquilinato (arts. 1769-1771). La ley de 1824 dice al contrario (art. 11): "el enfiteuta no tiene derecho al rebajo de ninguna renta, sea por disminución, sea por privación entera de goce. No obstante, si la privación total de goce ha durado cinco años, se deberá un rebajo por todo el tiempo de la privación." ¿Cuál es la razón de esta disposición que, á primera vista parece de una dureza extrema? Es una regla tradicional, que se explica por la naturaleza particular del canon. Este no se paga, decían, para que haga veces de frutos, sino como reconocimiento de la señoría directa (1); luego debe pagarse por todo el tiempo que dure la enfiteusis, cualesquiera que sean los casos fortuitos que recaigan sobre el enfiteuta. Si la ley belga establece una excepción para el caso en que el enfiteuta se vea privado del goce íntegro durante cinco años seguidos, es por un motivo de humanidad.

Esta teoría supone que el canon se estipula, como se expresa la definición, en reconocimiento del derecho de propiedad del dueño (art. 1). ¿Qué se resolverá si la renta enfiteutica se calcula por el producto ordinario del predio? En este caso, en nada difiere de la renta común; la enfiteusis se convierte en un verdadero arrendamiento, y no se distingue del ordinario sino por la realidad del derecho del enfiteuta; pero la realidad del derecho nada tiene de común con la cuestión de la indemnización por privación total de goce. En la equidad, y no en el derecho estricto, es en lo que se funda la indemnización que el arrendatario puede reclamar; ahora bien, la equidad aboga por el enfiteuta tanto como por el arrendatario. Esto era lo que Voet enseñaba en el antiguo derecho, y nos pa-

1. Merlín, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 6.
P. de D. TOMO VIII.—69

rece que opinión tan equitativa debe seguirse todavía en nuestro derecho moderno. El art. 11 no se opone á ello, porque no debe aislarse del 1º del cual es una consecuencia; ahora bien, la ley permite que se deroguen todas estas disposiciones, con excepción de la que concierne á la duración de la enfiteusis. Y equivale á derogar implícitamente el art. 11, cuando las partes derogan el 1º, es decir, cuando estipulan que el canon no se deberá simplemente para reconocer el derecho de propiedad del arrendador, sino que se paga por el goce del predio. El contrato, en este caso, hace veces de arrendamiento, más que de enfiteusis, y esto decide la cuestión.

§ II.—OBLIGACIONES DEL ENFITEUTA.

386. El usufructuario no puede entrar al goce sino después de haber mandado levantar un estado de los inmuebles sujetos al usufructo; debe dar caución de que disfrutará como buen padre de familia. Ninguna de estas obligaciones se impone al enfiteuta. Por otra parte, el propietario que da bienes en enfiteusis no goza del privilegio que la ley otorga al arrendador, porque no es arrendador, aunque por costumbre se le conserve dicho nombre. Así, pues, no hay ninguna garantía legal á cargo del enfiteuta. Las causas que han originado el contrato enfiteutico explican esta aparente anomalía. Los grandes propietarios no encontraban ya arrendatarios, y no habrían encontrado enfiteutas si hubieran querido imponerles las duras condiciones que la ley establece para el usufructuario. En cuanto al privilegio que la ley niega al propietario del predio enfiteutico, mientras que lo concede al arrendador, nosotros creemos que no hay razón que justifique tal diferencia; esto sin duda que es un olvido del

legislador, y el olvido se explica por la poca importancia que tiene el derecho de enfiteuta.

387. Porque el enfiteuta no debe caución de que disfrutará como buen padre de familia, ¿debe inferirse que no contrae ninguna obligación concerniente al goce? Ciertamente que nó; en principio, él debía mejorar el predio, lo que constituía una obligación más extensa que la del usufructuario. Según la ley belga, él no está obligado á mejorar, y sin embargo, si lo está á disfrutar como buen padre de familia. ¿Es esta una obligación análoga á la del usufructuario y á la del arrendatario? Hay ciertos motivos que distinguen estos derechos diversos. La obligación del usufructuario es en apariencia la más severa: el usufructo puede cesar por abuso de goce, y hay abuso, no sólo cuando el usufructuario comete degradaciones en el predio, sino también cuando deja que se arruine por falta de cuidados (art. 618). En cuanto al inquilino, debe también usar de la cosa como buen padre de familia, y si falta á esta obligación, el arrendador puede, conforme á las circunstancias, hacer que se rescinda el contrato (arts. 1728 y 1729). Al decir *según las circunstancias*, la ley da una gran latitud al juez, como éste la tiene siempre en caso de condición resolutoria tácita. La ley belga no dice que el enfiteuta debe gozar como buen padre de familia, porque esta fórmula se excedería de la extensión de la obligación que á aquél incumbe. El que degrada el predio, el que abusa de su goce, ciertamente que no disfruta como buen padre de familia; sin embargo, esto no es suficiente, como más adelante lo expresaremos, para que pueda declararse fenecido el derecho del enfiteuta; se necesita que la degradación sea *notable* y que el abuso sea *grave*. Así, pues, el enfiteuta es tratado con mayor indulgencia, lo que no quiere decir que pueda abusar impunemente. Si por un goce malo causa un daño al propietario, debe repararlo, en el sentido de

rece que opinión tan equitativa debe seguirse todavía en nuestro derecho moderno. El art. 11 no se opone á ello, porque no debe aislarse del 1º del cual es una consecuencia; ahora bien, la ley permite que se deroguen todas estas disposiciones, con excepción de la que concierne á la duración de la enfiteusis. Y equivale á derogar implícitamente el art. 11, cuando las partes derogan el 1º, es decir, cuando estipulan que el canon no se deberá simplemente para reconocer el derecho de propiedad del arrendador, sino que se paga por el goce del predio. El contrato, en este caso, hace veces de arrendamiento, más que de enfiteusis, y esto decide la cuestión.

§ II.—OBLIGACIONES DEL ENFITEUTA.

386. El usufructuario no puede entrar al goce sino después de haber mandado levantar un estado de los inmuebles sujetos al usufructo; debe dar caución de que disfrutará como buen padre de familia. Ninguna de estas obligaciones se impone al enfiteuta. Por otra parte, el propietario que da bienes en enfiteusis no goza del privilegio que la ley otorga al arrendador, porque no es arrendador, aunque por costumbre se le conserve dicho nombre. Así, pues, no hay ninguna garantía legal á cargo del enfiteuta. Las causas que han originado el contrato enfiteutico explican esta aparente anomalía. Los grandes propietarios no encontraban ya arrendatarios, y no habrían encontrado enfiteutas si hubieran querido imponerles las duras condiciones que la ley establece para el usufructuario. En cuanto al privilegio que la ley niega al propietario del predio enfiteutico, mientras que lo concede al arrendador, nosotros creemos que no hay razón que justifique tal diferencia; esto sin duda que es un olvido del

legislador, y el olvido se explica por la poca importancia que tiene el derecho de enfiteuta.

387. Porque el enfiteuta no debe caución de que disfrutará como buen padre de familia, ¿debe inferirse que no contrae ninguna obligación concerniente al goce? Ciertamente que nó; en principio, él debía mejorar el predio, lo que constituía una obligación más extensa que la del usufructuario. Según la ley belga, él no está obligado á mejorar, y sin embargo, si lo está á disfrutar como buen padre de familia. ¿Es esta una obligación análoga á la del usufructuario y á la del arrendatario? Hay ciertos motivos que distinguen estos derechos diversos. La obligación del usufructuario es en apariencia la más severa: el usufructo puede cesar por abuso de goce, y hay abuso, no sólo cuando el usufructuario comete degradaciones en el predio, sino también cuando deja que se arruine por falta de cuidados (art. 618). En cuanto al inquilino, debe también usar de la cosa como buen padre de familia, y si falta á esta obligación, el arrendador puede, conforme á las circunstancias, hacer que se rescinda el contrato (arts. 1728 y 1729). Al decir *según las circunstancias*, la ley da una gran latitud al juez, como éste la tiene siempre en caso de condición resolutoria tácita. La ley belga no dice que el enfiteuta debe gozar como buen padre de familia, porque esta fórmula se excedería de la extensión de la obligación que á aquél incumbe. El que degrada el predio, el que abusa de su goce, ciertamente que no disfruta como buen padre de familia; sin embargo, esto no es suficiente, como más adelante lo expresaremos, para que pueda declararse fenecido el derecho del enfiteuta; se necesita que la degradación sea *notable* y que el abuso sea *grave*. Así, pues, el enfiteuta es tratado con mayor indulgencia, lo que no quiere decir que pueda abusar impunemente. Si por un goce malo causa un daño al propietario, debe repararlo, en el sentido de

que al espirar la enfiteusis, el propietario tiene contra él una acción de daños y perjuicios por las degradaciones ocasionadas por la negligencia y por la falta de cuidados del predio (art. 13). El propietario no puede promover mientras dure el contrato, á menos que las degradaciones sean bastante graves para que autoricen una demanda de caducidad; mientras que el nudo propietario puede promover contra el usufructuario, desde el momento en que se cause el daño. Más adelante diremos que, aun en caso de abusos graves, el legislador tiene con el enfiteuta una marcada indulgencia. No hay razón jurídica para esta diferencia de principios que rigen al usufructo, al arrendamiento y á la enfiteusis. Quizás el espíritu de la antigua enfiteusis se ha perpetuado en la tradición; lo que se deseaba era atraer cultivadores para los predios desiertos, por lo que era preciso prodigarles favores y sobre todo, ahorrarse la severidad que preside á la interpretación del arrendamiento ó del usufructo.

388. Según la ley belga (art. 5), "el enfiteuta está obligado á mantener en buen estado el inmueble dado en enfiteusis y hacer en él las reparaciones ordinarias." Acabamos de decir que la falta de sostenimiento dá lugar á una acción de daños y perjuicios á la terminación del arrendamiento. ¿Qué debe entenderse por reparaciones *ordinarias*? La expresión difiere de las que emplea la ley en materia de arrendamientos y de usufructo: el tomador está obligado á las reparaciones *locativas* y el usufructuario á las reparaciones de *sostenimiento* (arts. 605 y 1754). Como la ley no califica la enfiteusis de arrendamiento, no pueden asimilarse las reparaciones *ordinarias* que el enfiteuta debe reportar, con las reparaciones *locativas* que son de la incumbencia del arrendatario. Los derechos del enfiteuta se aproximan más á los del usufructuario; los intérpretes lo poren en la misma línea que al propietario. Así es

que en el antiguo derecho se decidía que el enfiteuta estaba obligado á todo género de reparaciones, así á las gruesas como á las menudas (1). Sin embargo, como la ley no se sirve del término reparaciones de *conservación ó sostenimiento*, no se puede aplicar en materia de enfiteusis la definición que de estas reparaciones dan los artículos 605 y 606. Así, pues, la dificultad se abandona á la apreciación del juez: si los artículos 605 y 606 no son aplicables de derecho pleno al enfiteuta, el juez puede al menos tomar en ellos algunos argumentos de analogía. Vamos á ver cómo para otras obligaciones la ley se manifiesta más severa respecto al enfiteuta que al usufructuario.

389. El artículo 9 de la ley belga establece que: "El enfiteuta soportará todos los impuestos establecidos sobre el predio, tanto los ordinarios como los extraordinarios, tanto los anuales como los que se tengan que pagar por una sola vez. Mientras que el usufructuario no reporta más que las cargas anuales que según la costumbre se tienen como gravaciones de los frutos; en cuanto á las contribuciones extraordinarias se reparten entre el usufructuario y el nudo propietario. Como la ley da al enfiteuta todos los derechos inherentes á la propiedad del predio, natural era cargarle todas las contribuciones. Pero el mismo principio habría debido conducir también á imponerle todas las reparaciones. En esto hay una verdadera anomalía.

El legislador belga ha sido más severo que el francés en lo concerniente á los impuestos. Una ley de 1^o de Diciembre de 1790 (tít. II art. 6) autoriza al enfiteuta para que retenga sobre el pago anual del canon una cantidad proporcionada á la contribución predial; ésta retención fué en seguida fijada primero en la cuarta parte y des-

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1^o, núm. 6.

pues en el quinto (1). Nada más justo. El propietario del predio enfiteutico toma una parte de la renta con el nombre de canon y de hecho, si no de derecho, el canon en nada difiere de la renta común. Ahora bien, las contribuciones se pagan sobre los frutos, luego la justicia exige que se repartan entre el propietario y el enfiteuta. La ley belga no reproduce ese derecho de retención, y los términos absolutos del art. 11 no permiten sostener que la legislación francesa haya seguido vigente. Así, pues, lo que la ley de 1824 impone al enfiteuta es una agravación de cargas. La razón probable es que el canon no se considera como una renta. Esto es una ficción pura, ficción que para nada tiene en cuenta la ley al tratarse de las reparaciones; si el enfiteuta debe todos los impuestos, ¿por qué no ha de soportar todas las reparaciones? Parécenos evidente la anomalía, y ella conduce á una verdadera injusticia. La indicamos á los que redactan las escrituras enfiteuticas, á fin de que llamen la atención de las partes contrayentes sobre este punto, que es uno de aquellos por los cuales convendría muchas veces derogar la ley.

390. Según los términos del art. 614, el usufructuario está obligado á denunciar al nudo propietario las usurpaciones que los terceros cometen en el predio, así como todos los hechos que atentan contra los derechos del propietario. La ley de 1824 reproduce implícitamente esta obligación, al disponer que el enfiteuta es responsable de la pérdida de los derechos que por su culpa ha dejado prescribir (art. 11). Luego hay que aplicar por analogía al enfiteuta lo que hemos dicho del usufructuario (tomo VI, núm. 528).

1 Leyes de 3 frimario, año VII, 11 frimario, año VIII, y dictamen del consejo de Estado, de 4 de Enero de 1809. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Contribuciones," pfo. 5º, (VI, p. 313).

CAPITULO V.

De los derechos y obligaciones del propietario.

§ I.—DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO.

391. Las leyes romanas dan al propietario derechos que no tiene según nuestra legislación: él no tiene ya el derecho de preferencia en caso de venta, ni tampoco el *laudemium* en caso de mutación. Ateniéndose al texto de la ley belga, habría que decir que los derechos del propietario son puramente honoríficos mientras dura la enfiteusis; si él percibe un censo, es menos una renta que un reconocimiento de su derecho de propiedad. De hecho no es así, porque tiene derechos más extensos que el nudo propietario de los bienes gravados de usufructo. Este no recibe regularmente ninguna renta, porque lo más á menudo el usufructo se constituye á título gratuito: el propietario merece pues, el nombre de *nudo* propietario que se le da. Mientras que el propietario de los predios dados en enfiteusis está más bien en la posición del arrendador. Se vé que los contratos de arrendamiento y de enfiteusis unas veces se aproximan y otras se separan, no se les debe confundir ni considerar como contratos absolutamente distintos: hay

pues en el quinto (1). Nada más justo. El propietario del predio enfiteutico toma una parte de la renta con el nombre de canon y de hecho, si no de derecho, el canon en nada difiere de la renta común. Ahora bien, las contribuciones se pagan sobre los frutos, luego la justicia exige que se repartan entre el propietario y el enfiteuta. La ley belga no reproduce ese derecho de retención, y los términos absolutos del art. 11 no permiten sostener que la legislación francesa haya seguido vigente. Así, pues, lo que la ley de 1824 impone al enfiteuta es una agravación de cargas. La razón probable es que el canon no se considera como una renta. Esto es una ficción pura, ficción que para nada tiene en cuenta la ley al tratarse de las reparaciones; si el enfiteuta debe todos los impuestos, ¿por qué no ha de soportar todas las reparaciones? Parécenos evidente la anomalía, y ella conduce á una verdadera injusticia. La indicamos á los que redactan las escrituras enfiteuticas, á fin de que llamen la atención de las partes contrayentes sobre este punto, que es uno de aquellos por los cuales convendría muchas veces derogar la ley.

390. Según los términos del art. 614, el usufructuario está obligado á denunciar al nudo propietario las usurpaciones que los terceros cometen en el predio, así como todos los hechos que atentan contra los derechos del propietario. La ley de 1824 reproduce implícitamente esta obligación, al disponer que el enfiteuta es responsable de la pérdida de los derechos que por su culpa ha dejado prescribir (art. 11). Luego hay que aplicar por analogía al enfiteuta lo que hemos dicho del usufructuario (tomo VI, núm. 528).

1 Leyes de 3 frimario, año VII, 11 frimario, año VIII, y dictamen del consejo de Estado, de 4 de Enero de 1809. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Contribuciones," pfo. 5º, (VI, p. 313).

CAPITULO V.

De los derechos y obligaciones del propietario.

§ I.—DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO.

391. Las leyes romanas dan al propietario derechos que no tiene según nuestra legislación: él no tiene ya el derecho de preferencia en caso de venta, ni tampoco el *laudemium* en caso de mutación. Ateniéndose al texto de la ley belga, habría que decir que los derechos del propietario son puramente honoríficos mientras dura la enfiteusis; si él percibe un censo, es menos una renta que un reconocimiento de su derecho de propiedad. De hecho no es así, porque tiene derechos más extensos que el nudo propietario de los bienes gravados de usufructo. Este no recibe regularmente ninguna renta, porque lo más á menudo el usufructo se constituye á título gratuito: el propietario merece pues, el nombre de *nudo* propietario que se le da. Mientras que el propietario de los predios dados en enfiteusis está más bien en la posición del arrendador. Se vé que los contratos de arrendamiento y de enfiteusis unas veces se aproximan y otras se separan, no se les debe confundir ni considerar como contratos absolutamente distintos: hay

en ellos matices que deben tenerse en cuenta á cada paso, sea para proceder por vía de analogía, sea para rechazar la interpretación analógica.

3. El arrendador, como en otros tiempos llamábase al que daba sus bienes en enfiteusis, sigue siendo propietario. ¿Qué derecho ejerce él por este título mientras dura la enfiteusis? Las leyes romanas le dan las acciones reales directas, y se comprende que él tiene el mismo derecho en nuestra legislación, por más que ésta ignore la terminología de las acciones directas y útiles. Que el propietario pueda enagenar, está también fuera de duda. Pudiendo enagenar, tiene por lo mismo el derecho de hipotecar. Pero ¿qué es lo que él puede hipotecar? El predio enfiteutico; esto también es cierto. ¿Puede también hipotecar el censo anual? Merlin dice que sí. Esta opinión se liga á la antigua doctrina sobre el carácter de la enfiteusis; admitíase que el enfiteuta se volvía propietario, lo que parecía implicar que el arrendador cesaba de serlo. El conservaba, no obstante, el dominio directo, y para explicar esta doble propiedad, se suponía que al celebrarse el contrato, el arrendador se reservaba una parte del dominio representado por el censo. El canon tomaba de este modo la naturaleza del predio, del cual era un desmembramiento; luego era inmobiliario, y por lo tanto, podía hipotecarse. Toda esta teoría se fundaba en una ficción que el legislador revolucionario ha abolido hasta en su raíz al abolir el feudalismo, y por consiguiente, la distinción feudal del dominio directo y del dominio útil. Basta leer el código civil y nuestra ley hipotecaria, conforme en este punto con la legislación francesa, para convencerse de que Merlin padece un error. Sólo son susceptibles de hipoteca los bienes inmobiliarios, es decir, los inmuebles corpóreos y ciertos derechos inmobiliarios; según el código Napoleón, solamente el usufructo puede hipotecarse,

la ley belga ha añadido los derechos de enfiteusis y de superficie. En ninguna parte se dice que las pretensiones, tales como las rentas llamadas raíces ó los censos enfiteuticos, sean susceptibles de hipoteca, y la razón es muy sencilla. En el derecho moderno ya no hay prestaciones inmobiliarias; las rentas sobre predios son muebles (artículo 539), y con mayor razón las enfiteuticas. En efecto, la renta predial se establece como precio de la venta de un inmueble, ó como condición de la cesión á título oneroso de un fundo, por lo que ella permitía la ficción de la reserva de una parte del predio enagenado. Mientras que en la enfiteusis no hay ninguna enagenación de la propiedad, el arrendador permanece propietario; se le paga el canon en reconocimiento de este derecho de propiedad. ¿Es concebible que haya en esto dos inmuebles, el corpóreo que continúa perteneciendo al arrendador y el censo que se le pague para que conste su derecho? Negamos que la ley pueda establecer semejante ficción. Pero ¿en dónde está el texto que la establece? Es inútil insistir; si hemos marcado este error de un gran jurisconsulto, es para que nuestros jóvenes lectores se precavan contra la autoridad inherente al nombre de aquél; merecida es dicha autoridad, pues hay que desconfiar de sus opiniones en las materias tradicionales; él es, antes que todo, hombre de tradición, lo que es á la vez una cualidad y un defecto.

393. ¿El propietario del predio enfiteutico conserva su derecho de goce mientras dure la enfiteusis? Conforme á los principios, no debe vacilarse en responder negativamente. Cuando un bien está gravado con usufructo, al propietario no le queda ningún derecho en los frutos ó en los productos de la cosa, por cuyo motivo se dice que él tiene solamente la nuda propiedad. Ahora bien; los derechos del enfiteuta son más extensos que los del usufructuario, por lo mismo debe decirse, y con mayor razón, que el

arrendador no es más que un nudo propietario. Lo que equivale á decir que no tiene ningún derecho de goce.

Hay, sin embargo, algunos frutos y productos á los cuales ningún derecho tiene el usufructuario y el enfiteuta, como por ejemplo, los productos de las canteras y de las minas no abiertas aún al establecerse el usufructo ó la enfiteusis. ¿Quiere decir esto que el nudo propietario tenga derecho á ellos? En materia de usufructo no hay derecho alguno; el nudo propietario no podría abatir un bosque de alto arbolado; en cuanto á las minas, el gobierno puede autorizar su explotación mientras dure el usufructo, con obligación, por parte del concesionario, de indemnizar al usufructuario por la pérdida de goce que experimenta. ¿Deben seguirse otros principios en materia de enfiteusis? La cuestión ni siquiera es dudosa en lo concerniente á las minas, no existe una razón para establecer una diferencia entre el enfiteuta y el usufructuario. En cuanto á los arbolados, se dijo en la discusión preparatoria del proyecto de ley sobre la enfiteusis, que el propietario tenía el derecho de hacer toda suerte de corte de madera; el gobierno, que fué quien dió esta respuesta á las secciones, invoca el art. 4, por cuyos términos el enfiteuta aprovecha los árboles muertos ó caídos por accidente. *De aquí se concluía á contrario* que el enfiteuta no tenía otro derecho en los bosques; que, por consiguiente, los cortes debían pertenecer al propietario. A nuestro juicio, esta interpretación es errónea. Nosotros hemos dicho cuáles son los derechos del enfiteuta en los bosques, tanto por la tradición como por el texto y la mente de la ley belga. Todo lo que pudiera sostenerse es que el arrendador puede hacer los cortes de alto arbolado á los cuales el enfiteuta no tiene ningún derecho. Nosotros le negamos este poder. Claro es que el nudo propietario no lo tiene, porque no puede disminuir el goce del usufruc-

tuario; ahora bien, el goce del enfiteuta es más extenso que el del usufructuario, luego *a fortiori* el propietario no puede hacer nada que lo estorbe ó lo disminuya. Esto es decisivo. En cuanto á la opinión contraria anunciada por el gobierno, no pasa de ser una opinión que ningún valor tiene cuando se halla en oposición con los principios.

393 bis. El propietario puede tener derechos que ejercer contra el enfiteuta al espirar la enfiteusis, sea por el capítulo del censo enfiteutico, si no se ha pagado íntegramente, sea por daños y perjuicios debidos por degradación. Si el enfiteuta ha hecho construcciones ó plantaciones, el propietario tiene un derecho de retención hasta el finiquito de lo que se le debe (art. 7). Por consiguiente, él puede oponerse á que el enfiteuta quite las plantas y destruya los edificios. La ley le concede esta garantía, porque él no tiene otra y las más de las veces el derecho de retención será todavía una garantía ilusoria. ¿En dónde están los enfiteutas que hagan plantaciones y construcciones? La mayor parte son pobres cultivadores que, para procurarse medios de existencia, toman en arrendamiento bienes que nadie apetece como arrendatario.

§ II.—OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO.

394. La ley no habla de las obligaciones del arrendador; luego si tiene algunas deben resultar de la naturaleza del contrato. Como el contrato enfiteutico participa á la vez del arrendamiento y de la venta, resulta que el que da un bien en enfiteusis tiene las obligaciones que son comunes á esos dos contratos. Estos son á título oneroso, por lo que el arrendador y el vendedor están obligados á la garantía. Objetábase en el antiguo derecho, que la en-

arrendador no es más que un nudo propietario. Lo que equivale á decir que no tiene ningún derecho de goce.

Hay, sin embargo, algunos frutos y productos á los cuales ningún derecho tiene el usufructuario y el enfiteuta, como por ejemplo, los productos de las canteras y de las minas no abiertas aún al establecerse el usufructo ó la enfiteusis. ¿Quiere decir esto que el nudo propietario tenga derecho á ellos? En materia de usufructo no hay derecho alguno; el nudo propietario no podría abatir un bosque de alto arbolado; en cuanto á las minas, el gobierno puede autorizar su explotación mientras dure el usufructo, con obligación, por parte del concesionario, de indemnizar al usufructuario por la pérdida de goce que experimenta. ¿Deben seguirse otros principios en materia de enfiteusis? La cuestión ni siquiera es dudosa en lo concerniente á las minas, no existe una razón para establecer una diferencia entre el enfiteuta y el usufructuario. En cuanto á los arbolados, se dijo en la discusión preparatoria del proyecto de ley sobre la enfiteusis, que el propietario tenía el derecho de hacer toda suerte de corte de madera; el gobierno, que fué quien dió esta respuesta á las secciones, invoca el art. 4, por cuyos términos el enfiteuta aprovecha los árboles muertos ó caídos por accidente. *De aquí se concluía á contrario* que el enfiteuta no tenía otro derecho en los bosques; que, por consiguiente, los cortes debían pertenecer al propietario. A nuestro juicio, esta interpretación es errónea. Nosotros hemos dicho cuáles son los derechos del enfiteuta en los bosques, tanto por la tradición como por el texto y la mente de la ley belga. Todo lo que pudiera sostenerse es que el arrendador puede hacer los cortes de alto arbolado á los cuales el enfiteuta no tiene ningún derecho. Nosotros le negamos este poder. Claro es que el nudo propietario no lo tiene, porque no puede disminuir el goce del usufruc-

tuario; ahora bien, el goce del enfiteuta es más extenso que el del usufructuario, luego *a fortiori* el propietario no puede hacer nada que lo estorbe ó lo disminuya. Esto es decisivo. En cuanto á la opinión contraria anunciada por el gobierno, no pasa de ser una opinión que ningún valor tiene cuando se halla en oposición con los principios.

393 bis. El propietario puede tener derechos que ejercer contra el enfiteuta al espirar la enfiteusis, sea por el capítulo del censo enfiteutico, si no se ha pagado íntegramente, sea por daños y perjuicios debidos por degradación. Si el enfiteuta ha hecho construcciones ó plantaciones, el propietario tiene un derecho de retención hasta el finiquito de lo que se le debe (art. 7). Por consiguiente, él puede oponerse á que el enfiteuta quite las plantas y destruya los edificios. La ley le concede esta garantía, porque él no tiene otra y las más de las veces el derecho de retención será todavía una garantía ilusoria. ¿En dónde están los enfiteutas que hagan plantaciones y construcciones? La mayor parte son pobres cultivadores que, para procurarse medios de existencia, toman en arrendamiento bienes que nadie apetece como arrendatario.

§ II.—OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO.

394. La ley no habla de las obligaciones del arrendador; luego si tiene algunas deben resultar de la naturaleza del contrato. Como el contrato enfiteutico participa á la vez del arrendamiento y de la venta, resulta que el que da un bien en enfiteusis tiene las obligaciones que son comunes á esos dos contratos. Estos son á título oneroso, por lo que el arrendador y el vendedor están obligados á la garantía. Objetábase en el antiguo derecho, que la en-

fitensis debía considerarse más bien como un contrato á título gratuito y podría decirse que lo mismo es en la ley belga, supuesto que el propietario nada recibe, á no ser una módica renta en reconocimiento de su derecho de propiedad. De antemano hemos contestado á la objeción; el canon, por módico que se le suponga, no deja de ser una prestación anual, una renta que el enfiteuta debe pagar al arrendador; ella representa al menos una parte de los frutos; luego hay título oneroso, y por consiguiente el propietario debe garantía al enfiteuta contra las perturbaciones y evicciones. Debe aplicársele por analogía lo que diremos de la obligación de garantía que incumbe al vendedor y al arrendador, en los títulos de la *Venta* y del *Arrendamiento*.

395. El propietario no está ligado por ninguna de las cargas que el código civil impone al nudo propietario de los bienes gravados con usufructo. Conforme á los términos del art. 605, las reparaciones gruesas quedan á cargo del nudo propietario, mientras que la ley de 1824 dice formalmente que el propietario no está obligado á ninguna reparación. Según el art. 609, las cargas que se imponen á la propiedad durante el usufructo se reparten entre el usufructuario y el nudo propietario; en materia de enfiteusis, al contrario, todas las imposiciones, de cualquiera naturaleza que sean, las paga el enfiteuta. Ya dimos la razón. ¿Debe inferirse de aquí que las demás obligaciones y gravámenes que el nudo propietario debe reportar no puedan extenderse á la enfiteusis?

El art. 509 dice que el propietario no puede, por actos propios, ni de cualquiera otra manera, dañar los derechos del usufructuario. Nosotros creemos que esta disposición es aplicable á la enfiteusis. En efecto, la definición misma dice que el enfiteuta tiene el goce pleno; acabamos de decir que el propietario debe garantizarlo contra todos los

trastornos y evicciones. Con mayor razón no puede él mismo perturbar al enfiteuta en su goce.

Si surgiese un pleito concerniente al predio enfiteutico, habría que aplicar igualmente los principios que se derivan del art. 613. Existe el mismo motivo para decidir, por lo que debe recaer la misma decisión.

La enfiteusis testamentaria no es más que una teoría; en teoría también, ella podría abarcar todos los bienes; en este caso se aplicarían, por analogía, las disposiciones del art. 612 acerca del modo de contribución del enfiteuta y del propietario para las deudas de la sucesión:

non (1). La confiscación, aunque escrita en el contrato, era, pues, puramente conminatoria.

397. La ley belga no coloca la confiscación entre las causas que acarrear la extinción de la enfiteusis. Síguese de aquí que las partes quedan bajo el imperio del derecho común. Habiendo caído en desuso en Francia la confiscación romana, se admite el mismo principio. Pero cuando se trata de aplicarlo, cesa el acuerdo. Hay un verdadero caos de opiniones en esta materia. Para apreciar estas opiniones discordantes, habría que comenzar por exponer la teoría de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio. Nosotros trataremos este asunto en el título de las *Obligaciones*; por el momento, nos limitamos á recordar los principios aplicándolos á la enfiteusis.

La condición resolutoria tácita se sub-entiende en los contratos synalomáticos para el caso en que una de las dos partes no satisface sus compromisos (art. 1184). Luego si el enfiteuta no paga el canon, el propietario puede pedir la resolución del contrato. En la opinión que nosotros hemos enseñado acerca del contrato enfiteútico, esto no tiene duda, puesto que este contrato es bilateral tanto como la venta y el arrendamiento, con los cuales tiene una incontestable analogía. Pero la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. La resolución debe pedirse judicialmente; y según las circunstancias, el juez puede conceder una prórroga al demandado. Una vez pronunciada la resolución, la caducidad es definitiva, supuesto que hay cosa juzgada; así es que ya no se permitiría al enfiteuta que volviese al predio pagando los cánones vencidos.

Las partes podrán también estipular que se resuelva la

1 Véanse los testimonios citados por Merlin, "Repertorio," en la palabra "Confiscación enfiteútica," núm. 1. Compárese Troplong, "Del arrendamiento," núm. 46, p. 95; Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 166, p. 48.

CAPITULO VI.

Extinción de la enfiteusis.

§ I.—DE LA CONFISCACION ENFITEUTICA.

396. Según el derecho romano, el enfiteuta perdía plenamente su derecho si cesaba de pagar el censo durante tres años. Lo mismo sucedía cuando el enfiteuta vendía su tenencia sin haber ofrecido la preferencia al propietario (1). Esto es lo que se llamaba confiscación enfiteútica. Ni una ni otra de tales confiscaciones eran aceptadas en Francia, al menos de derecho común. Loyseau así lo dice de la confiscación por cesación de pago del canon enfiteútico. Esta no se observa, dice él, á menos que exista una estipulación expresa; esto es lo que nosotros llamamos pacto comisorio. Hay más, aun habiendo una cláusula expresa de resolución, no se practicaba rigurosamente. Llevábase la indulgencia hasta el punto de que si el señor era puesto en posesión, en virtud del pacto comisorio y de una sentencia del juez, el enfiteuta podía volver á entrar al predio, después de treinta años, pagando el ca-

1 L. 2 y 3, c. de "jure emphyteut." (IV, 66).

enfiteusis si el enfiteuta no paga la renta. ¿Es esta una condición resolutoria expresa que opere de derecho pleno, es decir, sin que el propietario haya manifestado la voluntad de pedir la resolución? Esta es cuestión de intención, puesto que se trata de interpretar el sentido de una cláusula. Cuando las partes han declarado formalmente su voluntad, y cuando han dicho que la enfiteusis fenecerá de derecho pleno, sin que sea necesario un acto cualquiera por parte del propietario, en este caso el pacto comisorio producirá los efectos de la condición resolutoria expresa, porque los convenios hacen veces de ley para los que los han celebrado (art. 1134). Pero si las partes han dicho únicamente que el arrendamiento enfiteutico se resolverá de derecho pleno, esta cláusula no equivale á una condición resolutoria expresa. El propietario tiene dos derechos, puede pedir la ejecución del contrato ó su resolución; como tiene la elección, debe declarar cuál es su voluntad. Desde el momento en que la haya manifestado, la enfiteusis quedará resuelta. Esto es lo que el artículo 1656 dice en caso de venta, y en esto no hace más que aplicar los principios generales que rigen el pacto comisorio. No deroga este pacto más que en un punto, y es que exige una intimación; según el derecho común, basta con una manifestación cualquiera de voluntad. Este derecho común es el que recibe su aplicación á la enfiteusis. Así, pues, nosotros aplicamos el artículo 1656 á la enfiteusis en tanto que consagre el derecho común, y no lo aplicamos en tanto que lo derogue (1).

398. Si se trata de un arrendamiento enfiteutico hecho antes de la publicación del código civil ¿habrá que aplicar

1 Compárese Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 3°, núm. 2 (t. 6°, p. 269); Davergier, "Del arrendamiento," p. 48, núms. 167 y siguientes; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 46, p. 95. Lieja, 9 de Agosto de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 49).

los principios del antiguo derecho, ó los principios del derecho moderno? Grande es la diferencia; en el antiguo derecho, la resolución, aun la estipulada dentro de los términos los más expesos, era una simple amenaza; el enfiteuta podía siempre, aun después de un fallo, levantarse de la caducidad pagando el canon. Mientras que, según el código civil, la resolución es seria, y se ejecuta con severidad, si tal es la voluntad de las partes. Es de doctrina y de jurisprudencia que la ejecución de los contratos se rija por la ley nueva. Nosotros hemos combatido esta opinión al tratar de la retroactividad; la aplicación que se ha hecho á la enfiteusis da, según nos parece, una confirmación de nuestra manera de ver. Un arrendamiento enfiteutico celebrado antes del código, estipula la resolución en los más formales términos; esto no impide que este pacto sea puramente conminatorio; en la intención de las partes, la cláusula se considera como no escrita. ¿Y se quiere que bajo el imperio del código esta misma cláusula se ejecute al pie de la letra? La retroactividad sería evidente. Luego es falso el principio de donde se parte. Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que Troplong admite el principio y repele la aplicación que se hace de él á la enfiteusis. Es necesario ser más lógico; si el principio es verdadero, se debe aplicar en todos los casos, como hace Davergier. Y si la aplicación prueba que el principio implica retroactividad, debe desecharse el principio.

§ II.—DEL ABANDONO.

399. ¿El enfiteuta puede abandonar el predio para descargarse de las obligaciones que el contrato ó la ley le imponen? En el antiguo derecho, la facultad de abandonar se reconocía generalmente al enfiteuta. Se lee en Merlin que el tercer adquirente de un bien gravado con renta enfi-

enfiteusis si el enfiteuta no paga la renta. ¿Es esta una condición resolutoria expresa que opere de derecho pleno, es decir, sin que el propietario haya manifestado la voluntad de pedir la resolución? Esta es cuestión de intención, puesto que se trata de interpretar el sentido de una cláusula. Cuando las partes han declarado formalmente su voluntad, y cuando han dicho que la enfiteusis fenecerá de derecho pleno, sin que sea necesario un acto cualquiera por parte del propietario, en este caso el pacto comisorio producirá los efectos de la condición resolutoria expresa, porque los convenios hacen veces de ley para los que los han celebrado (art. 1134). Pero si las partes han dicho únicamente que el arrendamiento enfiteutico se resolverá de derecho pleno, esta cláusula no equivale á una condición resolutoria expresa. El propietario tiene dos derechos, puede pedir la ejecución del contrato ó su resolución; como tiene la elección, debe declarar cuál es su voluntad. Desde el momento en que la haya manifestado, la enfiteusis quedará resuelta. Esto es lo que el artículo 1656 dice en caso de venta, y en esto no hace más que aplicar los principios generales que rigen el pacto comisorio. No deroga este pacto más que en un punto, y es que exige una intimación; según el derecho común, basta con una manifestación cualquiera de voluntad. Este derecho común es el que recibe su aplicación á la enfiteusis. Así, pues, nosotros aplicamos el artículo 1656 á la enfiteusis en tanto que consagre el derecho común, y no lo aplicamos en tanto que lo derogue (1).

398. Si se trata de un arrendamiento enfiteutico hecho antes de la publicación del código civil ¿habrá que aplicar

1 Compárese Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 3º, núm. 2 (t. 6º, p. 269); Davergier, "Del arrendamiento," p. 48, núms. 167 y siguientes; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 46, p. 95. Lieja, 9 de Agosto de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 49).

los principios del antiguo derecho, ó los principios del derecho moderno? Grande es la diferencia; en el antiguo derecho, la resolución, aun la estipulada dentro de los términos los más expesos, era una simple amenaza; el enfiteuta podía siempre, aun después de un fallo, levantarse de la caducidad pagando el canon. Mientras que, según el código civil, la resolución es seria, y se ejecuta con severidad, si tal es la voluntad de las partes. Es de doctrina y de jurisprudencia que la ejecución de los contratos se rija por la ley nueva. Nosotros hemos combatido esta opinión al tratar de la retroactividad; la aplicación que se ha hecho á la enfiteusis da, según nos parece, una confirmación de nuestra manera de ver. Un arrendamiento enfiteutico celebrado antes del código, estipula la resolución en los más formales términos; esto no impide que este pacto sea puramente conminatorio; en la intención de las partes, la cláusula se considera como no escrita. ¿Y se quiere que bajo el imperio del código esta misma cláusula se ejecute al pie de la letra? La retroactividad sería evidente. Luego es falso el principio de donde se parte. Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que Troplong admite el principio y repele la aplicación que se hace de él á la enfiteusis. Es necesario ser más lógico; si el principio es verdadero, se debe aplicar en todos los casos, como hace Davergier. Y si la aplicación prueba que el principio implica retroactividad, debe desecharse el principio.

§ II.—DEL ABANDONO.

399. ¿El enfiteuta puede abandonar el predio para descargarse de las obligaciones que el contrato ó la ley le imponen? En el antiguo derecho, la facultad de abandonar se reconocía generalmente al enfiteuta. Se lee en Merlin que el tercer adquirente de un bien gravado con renta enfi-

téntica puede librarse por medio del abandono; esto nadie lo pone en duda, dice Merlin (1). A decir verdad, no hay lugar á abandonar, al menos en la opinión que nosotros hemos enseñado. Se supone que el enfiteuta vende su derecho. ¿El adquirente está obligado á pagar la renta? Está obligado con el vendedor, pero no con el propietario. Luego no puede tratarse de abandonar, respecto al propietario. Respecto del enfiteuta, su autor, el adquirente está ligado por un vínculo de obligación; ahora bien, es de principio que no es posible exonerarse de cargas personales por medio del abandono. Así es que ni el comprador ni el arrendatario pueden abandonar para descargarse de la obligación de pagar su precio. Esto resuelve la cuestión aun respecto al enfiteuta primitivo: él tampoco puede abandonar, porque tanto como el comprador y el arrendatario, está obligado personalmente.

Esta última cuestión era muy debatida entre los intérpretes del derecho romano y todavía lo es; Merlin no vacila en enseñar que como la renta enfiteuticla la debe el predio y no la persona, debe admitirse al enfiteuta á que abandone. Nosotros hemos combatido ya esta opinión; en el caso presente, Merlin da una pésima razón que por sí sola bastaría para rechazar toda su teoría. La ruina total del predio arrendado en enfiteusis, dice él, descarga de la renta del tomador; luego no es la persona del tomador quien debe esa renta; por consiguiente, la dejación de la cosa debe hacer cesar la renta. Podría aplicarse letra por letra esta argumentación al arrendatario, pero ¿quiere decir esto que el alquiler lo deba el predio y que el arrendatario pueda abandonar? Esta es una heregía jurídica; y si lo es para el arrendador, lo es también para el enfiteuta. Voet admite también la dejación por razones que no valen más que las de Merlin. Se permite al usufructuario

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Abandono," pfo. 2°

que abandone el predio para descargarse de las obligaciones que le incumben; se permite al propietario del predio sirviente que lo abandone, por más que se haya obligado á soportar el gasto de los trabajos necesarios para el uso de la servidumbre, y ¿por qué no dar el mismo derecho al enfiteuta (1). Nosotros contestemos que esto es confundir derechos esencialmente diferentes. La servidumbre la debe el predio y no su poseedor; la ley extiende este principio á la obligación que el propietario del fundo contrae de soportar el gasto, porque esta es una obligación accesoria de la carga principal que es puramente real. Luego el propietario de un predio gravado con servidumbre ó con usufructo, no está obligado sino como poseedor del predio; por lo mismo, debe tener el derecho de abandonar la posesión. Pero si un predio está gravado con enfiteusis ¿es el predio el obligado? La enfiteusis no es una servidumbre; los jurisconsultos romanos la asimilaban, unos con el arrendamiento, otros con la venta, lo que implica que el enfiteuta está personalmente obligado al pago del canon; y cuando hay un vínculo personal ya no se puede tratar de desatarlo por el abandono de posesión.

Domat invoca en favor del enfiteuta, escuchando á la equidad siempre que se concilie con el derecho, permitiendo al enfiteuta que pida una rebaja del censo cuando hay una pérdida total de goce. Fuera de este caso, para el cual existe una analogía legal, quedamos bajo el imperio de los principios generales. ¿Es necesario probar que el arrendatario no podría pedir la cesación del arrendamiento por motivos de equidad? Tampoco lo puede hacer el enfiteuta. Los contratos son leyes, y cuando la ley habla, la equidad debe callar.

1 Voet, "Comment. in Pandect.," VI, 3, 17. En el mismo sentido, Glück, "Pandeecten," t. 8°, ps. 532 y siguientes. Arudto, en Weiske, "Rechtstlexikon," t. 3°, ps. 878 y siguientes.

§ III.—DEL ACENSO DE GOCE.

400. El artículo 15 de la ley de 1824 dice: "Podrá declararse al enfiteuta despojado de su derecho á causa de degradaciones notables del inmueble y de abusos graves de goce, sin perjuicio de daños y perjuicios." Esto no es más que la aplicación del goce de la condición resolutoria tácita. Es propio de la enfiteusis, dice Domat, que el enfiteuta no puede deteriorar el predio, y si lo deteriora falta á sus compromisos; por lo que el propietario tiene derecho á pedir la resolución de la enfiteusis. En cuanto á la indemnización, es derecho, si hay daño causado por culpa. El enfiteuta puede estar obligado á daños y perjuicios sin que haya lugar á la resolución del contrato. En efecto, no todo daño autoriza la caducidad de la enfiteusis. La ley quiere que la degradación sea *notable* y que el abuso sea grave. Tal es la doctrina de Voet. El legislador manifiesta al enfiteuta una extraordinaria indulgencia, y ya hemos dado la razón. El art. 16 de la ley belga agrega: "El enfiteuta podrá *impedir* la caducidad por causa de degradación ó de abuso de goce, restableciendo las cosas á su antiguo estado y dando garantías para lo sucesivo." Esto se comprende mientras que no se haya pronunciado la caducidad; la reparación del daño y las garantías dadas para el porvenir concilian los derechos y los intereses de ambas partes. Pero el art. 16 tiene mayor trascendencia. Una sección de la segunda cámara de los Estados generales propuso en la discusión preparatoria, que se reemplazara la palabra *impedir* por *prevenir*; esto era limitar formalmente el derecho del enfiteuta al caso que acabamos de suponer. El gobierno contestó que se había servido intencionalmente de la palabra *impedir*, para marcar que el enfiteuta podía ser mantenido en su derecho, aun después de que el juez pronunciara la caducidad. Esto es de tal modo exor-

bitante, que nos cuesta trabajo aceptarlo; ¿se concibe que rectifique una decisión judicial, y que el demandado tenga la facultad de anular el fallo que lo condena? Sin embargo, la declaración es oficial; es el comentario auténtico de la ley y se le debe interpretar tal como lo ha hecho el legislador. Esta indulgencia es, por otra parte, de tradición (art. 396).

401. ¿Seguiríanse los mismos principios si la escritura de enfiteusis contuviese una cláusula formal de caducidad para el caso de abuso? Se ha fallado que estas cláusulas de resolución no son conminatorias. Esto nos parece demasiado absoluto. Los contratos son la ley de las partes; así, pues, los convenios son cosa seria, y deben ejecutarse seriamente. En el antiguo derecho no se veían más que amenazas en las cláusulas resolutorias. Esta regla de interpretación ya no puede aceptarse en nuestro derecho moderno. Los contratos deben interpretarse conforme á la intención de las partes contrayentes (art. 1156). Así es que el juez resolverá conforme á la voluntad de las partes. La verdadera dificultad es esta: ¿la resolución por causa de abuso, prevista por los arts. 15 y 16 de la ley belga producirá los mismos efectos si se halla en la escritura? No se puede contestar de una manera absoluta, porque todo depende de la intención de las partes. Ellas pueden derogar la ley (art. 17); luego debe verse si han querido derogarla y hasta qué punto llegan esas derogaciones. La ley se muestra muy indulgente con el enfiteuta; pero nada impide que las partes sean más severas. El juez decidirá según los términos de la escritura y según las circunstancias de la causa.

402. Las cláusulas resolutorias dan lugar, además, á otra dificultad. Se ha fallado que la resolución podía pedirse directamente contra un tercer adquirente ó sub-adquirente por ciertas degradaciones cometidas por el enfi-

tenta (1). Si la corte de casación ha querido decir que el contrato podía resolverse y que la resolución tendría efecto contra los terceros, estamos de acuerdo. Pero no aceptamos que la acción de resolución pueda intentarse directamente contra los terceros. La acción nace de un contrato y se funda en la inejecución de éste; luego es esencialmente personal y no puede formularse sino contra el que ha faltado á sus compromisos. El enfiteuta es el que ha abusado, el que no ha cumplido las obligaciones que le imponía el contrato; luego contra él debe pedirse la resolución.

Una vez pronunciada la resolución, caen las cesiones consentidas por el enfiteuta: esto es más que la aplicación del principio que rige las concesiones hechas por el que sólo tiene una propiedad resolutoria. ¿Pero con qué derecho procedería el propietario contra terceros que no han tratado con él, y que no son culpables del abuso por el cual se solicita la caducidad? Volveremos á insistir sobre la cuestión de principio, en el título de las *Obligaciones*.

§ IV.—DE LA PERDIDA DEL PREDIO.

403. La enfiteusis, según los términos de la ley belga, se extingue por la destrucción del predio (art. 18, y ley sobre el derecho de superficie, art. 9). Cuando la pérdida es total, ya la cuestión no puede ser de enfiteusis; en efecto, la enfiteusis es un derecho real, y no hay derecho real sin objeto. El derecho del propietario parece por la misma razón. El no puede seguir exigiendo renta enfiteútica, supuesto que el pago del canon no tiene ya motivo: el enfiteuta lo debía como reconocimiento del derecho de propiedad del que le concedía el goce de la cosa, y ya no hay ni propiedad ni goce.

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Agosto de 1827 (Dalloz "Arrendamiento enfiteútico," núm. 31, p. 593).

404. ¿Qué debe resolverse si la pérdida es parcial? Parece una cosa dada en enfiteusis; ¿subsistirá la enfiteusis sobre el predio, ó se extinguirá? Merlin dice que el derecho se extingue, y que, por consiguiente, el enfiteuta no debe pagar ya censo (1). Troplong opina por que subsiste la enfiteusis. Nosotros creemos que esta última opinión es la que debe seguirse. La enfiteusis no está limitada á la superficie, afecta al predio y da al enfiteuta el pleno goce de este predio; luego debe subsistir, por más que la superficie quede destruida. ¿Habrá lugar, en este caso, á una reducción proporcional á la renta? Si se admiten los principios que hemos enseñado anteriormente, hay que distinguir: si el canon representa el goce, deberá disminuirse si éste disminuye: si únicamente se paga como reconocimiento de los derechos del propietario, sin relación ninguna entre el producto y el monto del canon, la pérdida parcial del predio no puede tener ninguna influencia sobre las obligaciones del enfiteuta (2). Se pregunta si estará obligado á redificar. Proudhon dice que sí lo estará, por que esta obligado á conservar en buen estado. Nosotros preferimos la opinión de Loyseau que dice muy bien que la obligación de mantener en buen estado es distinta de la obligación de construir, que una de ellas no implica la otra, el usufructuario no está obligado á reedificar lo que ha sido destruido por caso fortuito, por más que esté obligado á conservar en buen estado (3).

§ V.—DE LA ESPIRACION DEL PLAZO.

405. La enfiteusis no puede constituirse sino por un

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 8.

2 Compárese Troplong, "Del arrendamiento," núms. 41 y 42, página 94.

3 Proudhon, "Del usufructo," t. 8º, p. 565, núm. 3733. Loyseau, "Del abandono," lib. I, cap. VI. Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 179, p. 52.

tenta (1). Si la corte de casación ha querido decir que el contrato podía resolverse y que la resolución tendría efecto contra los terceros, estamos de acuerdo. Pero no aceptamos que la acción de resolución pueda intentarse directamente contra los terceros. La acción nace de un contrato y se funda en la inejecución de éste; luego es esencialmente personal y no puede formularse sino contra el que ha faltado á sus compromisos. El enfiteuta es el que ha abusado, el que no ha cumplido las obligaciones que le imponía el contrato; luego contra él debe pedirse la resolución.

Una vez pronunciada la resolución, caen las cesiones consentidas por el enfiteuta: esto es más que la aplicación del principio que rige las concesiones hechas por el que sólo tiene una propiedad resolutoria. ¿Pero con qué derecho procedería el propietario contra terceros que no han tratado con él, y que no son culpables del abuso por el cual se solicita la caducidad? Volveremos á insistir sobre la cuestión de principio, en el título de las *Obligaciones*.

§ IV.—DE LA PERDIDA DEL PREDIO.

403. La enfiteusis, según los términos de la ley belga, se extingue por la destrucción del predio (art. 18, y ley sobre el derecho de superficie, art. 9). Cuando la pérdida es total, ya la cuestión no puede ser de enfiteusis; en efecto, la enfiteusis es un derecho real, y no hay derecho real sin objeto. El derecho del propietario parece por la misma razón. El no puede seguir exigiendo renta enfiteútica, supuesto que el pago del canon no tiene ya motivo: el enfiteuta lo debía como reconocimiento del derecho de propiedad del que le concedía el goce de la cosa, y ya no hay ni propiedad ni goce.

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Agosto de 1827 (Dalloz "Arrendamiento enfiteútico," núm. 31, p. 593).

404. ¿Qué debe resolverse si la pérdida es parcial? Parece una cosa dada en enfiteusis; ¿subsistirá la enfiteusis sobre el predio, ó se extinguirá? Merlin dice que el derecho se extingue, y que, por consiguiente, el enfiteuta no debe pagar ya censo (1). Troplong opina por que subsiste la enfiteusis. Nosotros creemos que esta última opinión es la que debe seguirse. La enfiteusis no está limitada á la superficie, afecta al predio y da al enfiteuta el pleno goce de este predio; luego debe subsistir, por más que la superficie quede destruida. ¿Habría lugar, en este caso, á una reducción proporcional á la renta? Si se admiten los principios que hemos enseñado anteriormente, hay que distinguir: si el canon representa el goce, deberá disminuirse si éste disminuye: si únicamente se paga como reconocimiento de los derechos del propietario, sin relación ninguna entre el producto y el monto del canon, la pérdida parcial del predio no puede tener ninguna influencia sobre las obligaciones del enfiteuta (2). Se pregunta si estará obligado á reedificar. Proudhon dice que sí lo estará, por que esta obligado á conservar en buen estado. Nosotros preferimos la opinión de Loyseau que dice muy bien que la obligación de mantener en buen estado es distinta de la obligación de construir, que una de ellas no implica la otra, el usufructuario no está obligado á reedificar lo que ha sido destruido por caso fortuito, por más que esté obligado á conservar en buen estado (3).

§ V.—DE LA ESPIRACION DEL PLAZO.

405. La enfiteusis no puede constituirse sino por un

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 8.

2 Compárese Troplong, "Del arrendamiento," núms. 41 y 42, página 94.

3 Proudhon, "Del usufructo," t. 8º, p. 565, núm. 3733. Loyseau, "Del abandono," lib. I, cap. VI. Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 179, p. 52.

tenta (1). Si la corte de casación ha querido decir que el contrato podía resolverse y que la resolución tendría efecto contra los terceros, estamos de acuerdo. Pero no aceptamos que la acción de resolución pueda intentarse directamente contra los terceros. La acción nace de un contrato y se funda en la inejecución de éste; luego es esencialmente personal y no puede formularse sino contra el que ha faltado á sus compromisos. El enfiteuta es el que ha abusado, el que no ha cumplido las obligaciones que le imponía el contrato; luego contra él debe pedirse la resolución.

Una vez pronunciada la resolución, caen las cesiones consentidas por el enfiteuta: esto es más que la aplicación del principio que rige las concesiones hechas por el que sólo tiene una propiedad resolutoria. ¿Pero con qué derecho procedería el propietario contra terceros que no han tratado con él, y que no son culpables del abuso por el cual se solicita la caducidad? Volveremos á insistir sobre la cuestión de principio, en el título de las *Obligaciones*.

§ IV.—DE LA PERDIDA DEL PREDIO.

403. La enfiteusis, según los términos de la ley belga, se extingue por la destrucción del predio (art. 18, y ley sobre el derecho de superficie, art. 9). Cuando la pérdida es total, ya la cuestión no puede ser de enfiteusis; en efecto, la enfiteusis es un derecho real, y no hay derecho real sin objeto. El derecho del propietario parece por la misma razón. El no puede seguir exigiendo renta enfiteútica, supuesto que el pago del canon no tiene ya motivo: el enfiteuta lo debía como reconocimiento del derecho de propiedad del que le concedía el goce de la cosa, y ya no hay ni propiedad ni goce.

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Agosto de 1827 (Dalloz "Arrendamiento enfiteútico," núm. 31, p. 593).

404. ¿Qué debe resolverse si la pérdida es parcial? Parece una cosa dada en enfiteusis; ¿subsistirá la enfiteusis sobre el predio, ó se extinguirá? Merlin dice que el derecho se extingue, y que, por consiguiente, el enfiteuta no debe pagar ya censo (1). Troplong opina por que subsiste la enfiteusis. Nosotros creemos que esta última opinión es la que debe seguirse. La enfiteusis no está limitada á la superficie, afecta al predio y da al enfiteuta el pleno goce de este predio; luego debe subsistir, por más que la superficie quede destruida. ¿Habría lugar, en este caso, á una reducción proporcional á la renta? Si se admiten los principios que hemos enseñado anteriormente, hay que distinguir: si el canon representa el goce, deberá disminuirse si éste disminuye: si únicamente se paga como reconocimiento de los derechos del propietario, sin relación ninguna entre el producto y el monto del canon, la pérdida parcial del predio no puede tener ninguna influencia sobre las obligaciones del enfiteuta (2). Se pregunta si estará obligado á redificar. Proudhon dice que sí lo estará, por que esta obligado á conservar en buen estado. Nosotros preferimos la opinión de Loyseau que dice muy bien que la obligación de mantener en buen estado es distinta de la obligación de construir, que una de ellas no implica la otra, el usufructuario no está obligado á reedificar lo que ha sido destruido por caso fortuito, por más que esté obligado á conservar en buen estado (3).

§ V.—DE LA ESPIRACION DEL PLAZO.

405. La enfiteusis no puede constituirse sino por un

1 Merlin, "Repertorio," en la palabra "Enfiteusis," pfo. 1º, núm. 8.

2 Compárese Troplong, "Del arrendamiento," núms. 41 y 42, página 94.

3 Proudhon, "Del usufructo," t. 8º, p. 565, núm. 3733. Loyseau, "Del abandono," lib. I, cap. VI. Duvergier, "Del arrendamiento," núm. 179, p. 52.

tiempo limitado, cuyo maximum y minimum lo fijó la ley. Siguese de aquí que el arrendamiento cesa de derecho pleno por espiración del plazo por el cual se estableció. Esto no es más que el derecho común: cuando un contrato se celebra á plazo, espira con éste. Así era en el antiguo derecho (1), y la ley belga consagra la doctrina tradicional. El art. 14 dice: "La enfiteusis que se extingue por espiración de plazo no se renueva tácitamente, pero puede continuar existiendo hasta revocación." De esto resulta una diferencia notable entre el arrendamiento ordinario y el enfiteutico. Como éste último se celebra ordinariamente por una duración que equivale á tres vidas de hombres, el legislador no ha querido que varias generaciones estuviesen ligadas por un consentimiento tácito acerca del cual queda siempre alguna incertidumbre. Sin embargo, si de hecho el enfiteuta permanece en posesión, y si el propietario lo deja en ella continuará el arrendamiento, en el sentido de que el enfiteuta disfrutará con obligación de pagar el canon, pero cada una de las partes puede poner término á este estado de cosas que es más bien un hecho que una convención.

Las partes pueden derogar esta disposición de la ley como todas las demás, salvo el observar el art. 2 que fija la duración del arrendamiento. Si la escritura dice que haya tácita reconducción, por el hecho solo de que el enfiteuta quedará en posesión después de la espiración del primer arrendamiento, se aplicarán los principios que rigen la reconducción tácita, y que exponremos en el título del *Arrendamiento*. Si resulta de la escritura que es una facultad que se ha reservado el enfiteuta, será preciso que él manifieste su voluntad de aprovecharse de la cláusula, sea de una manera expresa, sea de una tácita. La corte de casación falló, que en este caso, había únicamen-

1 Voet, IV, 3, 14; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 40, p. 93.

te un compromiso unilateral por parte del arrendador, y que este compromiso no tomaba el carácter de un contrato synalagmático sino desde el día en que el tomador consintiese por su parte en renovar el arrendamiento (1). Esto no es dudoso, porque no es más que la aplicación de los principios elementales que rigen los convenios.

406. Se ha presentado una dificultad de prueba, que en realidad no es ninguna. El arrendador quiere disponer del predio enfiteutico, y pretende que el arrendamiento ha espirado. Se ha agitado ante la corte de Bruselas la cuestión de saber si corresponde al arrendador probar que el arrendamiento ha espirado, ó si el enfiteuta es el que debe justificar que tiene derecho á continuar su goce. El texto del código contesta á la cuestión (art. 1315): siendo actor el propietario, á él corresponde establecer el fundamento de su demanda (2).

§ VI.—DE LAS DEMAS CAUSAS DE EXTINCION.

407. Según los términos del art. 18 de la ley belga, "la enfiteusis se extingue del mismo modo que el derecho de superficie." Y la ley sobre la superficie (art. 9) dice: "el derecho de superficie se extingue, *entre otras causas*, por la confusión, por la destrucción del predio, por la prescripción de treinta años." Al decir *entre otras causas*, el legislador ha querido referirse al derecho común para las causas que acarrear la extinción de la enfiteusis y de la superficie. Luego hay que aplicar por analogía lo que hemos dicho de la extinción del usufructo y de las servidumbres, con una reserva, que la enfiteusis no es una servidumbre. Así es que por una parte no finaliza con la muerte del enfiteuta. Por otra parte, hay una causa de

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Marzo de 1860, (Dalloz, 1860, 1, 163).

2 Bruselas, 14 de Noviembre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 532).

tiempo limitado, cuyo maximum y minimum lo fijó la ley. Siguese de aquí que el arrendamiento cesa de derecho pleno por espiración del plazo por el cual se estableció. Esto no es más que el derecho común: cuando un contrato se celebra á plazo, espira con éste. Así era en el antiguo derecho (1), y la ley belga consagra la doctrina tradicional. El art. 14 dice: "La enfiteusis que se extingue por espiración de plazo no se renueva tácitamente, pero puede continuar existiendo hasta revocación." De esto resulta una diferencia notable entre el arrendamiento ordinario y el enfiteutico. Como éste último se celebra ordinariamente por una duración que equivale á tres vidas de hombres, el legislador no ha querido que varias generaciones estuviesen ligadas por un consentimiento tácito acerca del cual queda siempre alguna incertidumbre. Sin embargo, si de hecho el enfiteuta permanece en posesión, y si el propietario lo deja en ella continuará el arrendamiento, en el sentido de que el enfiteuta disfrutará con obligación de pagar el canon, pero cada una de las partes puede poner término á este estado de cosas que es más bien un hecho que una convención.

Las partes pueden derogar esta disposición de la ley como todas las demás, salvo el observar el art. 2 que fija la duración del arrendamiento. Si la escritura dice que haya tácita reconducción, por el hecho solo de que el enfiteuta quedará en posesión después de la espiración del primer arrendamiento, se aplicarán los principios que rigen la reconducción tácita, y que exponremos en el título del *Arrendamiento*. Si resulta de la escritura que es una facultad que se ha reservado el enfiteuta, será preciso que él manifieste su voluntad de aprovecharse de la cláusula, sea de una manera expresa, sea de una tácita. La corte de casación falló, que en este caso, había únicamen-

1 Voet, IV, 3, 14; Troplong, "Del arrendamiento," núm. 40, p. 93.

te un compromiso unilateral por parte del arrendador, y que este compromiso no tomaba el carácter de un contrato synalagmático sino desde el día en que el tomador consintiese por su parte en renovar el arrendamiento (1). Esto no es dudoso, porque no es más que la aplicación de los principios elementales que rigen los convenios.

406. Se ha presentado una dificultad de prueba, que en realidad no es ninguna. El arrendador quiere disponer del predio enfiteutico, y pretende que el arrendamiento ha espirado. Se ha agitado ante la corte de Bruselas la cuestión de saber si corresponde al arrendador probar que el arrendamiento ha espirado, ó si el enfiteuta es el que debe justificar que tiene derecho á continuar su goce. El texto del código contesta á la cuestión (art. 1315): siendo actor el propietario, á él corresponde establecer el fundamento de su demanda (2).

§ VI.—DE LAS DEMAS CAUSAS DE EXTINCION.

407. Según los términos del art. 18 de la ley belga, "la enfiteusis se extingue del mismo modo que el derecho de superficie." Y la ley sobre la superficie (art. 9) dice: "el derecho de superficie se extingue, *entre otras causas*, por la confusión, por la destrucción del predio, por la prescripción de treinta años." Al decir *entre otras causas*, el legislador ha querido referirse al derecho común para las causas que acarrear la extinción de la enfiteusis y de la superficie. Luego hay que aplicar por analogía lo que hemos dicho de la extinción del usufructo y de las servidumbres, con una reserva, que la enfiteusis no es una servidumbre. Así es que por una parte no finaliza con la muerte del enfiteuta. Por otra parte, hay una causa de

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Marzo de 1860, (Dalloz, 1860, 1, 163).

2 Bruselas, 14 de Noviembre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 532).

extinción que es especial á las servidumbres, y es el no-
uso. No siendo la enfiteusis una servidumbre, hay que
aplicar los principios de derecho común que rigen la
prescripción, principio derogado por el código, según la
opinión general, en materia de servidumbres. Todo lo que
hay de excepcional, en el título de las *Servidumbres* ó del
Usufructo, no puede naturalmente extenderse á la enfiteu-
sis, puesto que toda excepción es de interpretación rigu-
rosa. Así, pues, ¿cuándo se extinguirá la enfiteusis por
prescripción? Cuando el propietario, dice Voet, haya dis-
frutado del dominio útil y directo, es decir, de la propie-
dad plena, durante el tiempo requerido por la ley. Este
plazo, según la ley, es de treinta años. Si el propietario ven-
diera el predio gravado de enfiteusis, el adquirente, tenien-
do título y buena fe, adquirirá la propiedad plena por una
posesión de diez ó veinte años, y por consiguiente, se ex-
tinguirá el derecho de enfiteusis. ¿El enfiteuta podría
prescribir la propiedad plena contra el arrendador? En
principio, nó, supuesto que respecto al arrendador es po-
seedor precario, y no puede prescribir contra su título.
El podría prescribir si su título estuviese trastocado.
Esto es de derecho común. Tal es también la doctrina de
Voet (1).

408. La expropiación por causa de utilidad pública da
lugar á una dificultad acerca de la cual la jurisprudencia
está dividida. Déjase entender que la expropiación extin-
gue la enfiteusis tanto como todos los derechos reales que
gravan el predio expropiado. Se pregunta de qué manera
se reglamentará la indemnización. En Francia, se asimila
la enfiteusis al usufructo; ahora bien, la ley francesa, de
3 de Mayo de 1841 decide (art. 39, § 2) que se fija una
sola indemnización teniendo en cuenta el valor del in-
mueble; el nudo propietario y el usufructuario ejercen sus

1 Voet, "Comment. ad Pandect." VI, 3, 47, p. 453.

derechos sobre el monto de la indemnización, en lugar de
ejercerlos sobre la cosa (1). Esto es muy lógico. La ex-
propiación en nada tiene que cambiar los derechos de las
partes interesadas; como el predio entra al dominio pú-
blico del Estado, cesa de estar sujeto á derechos reales
sean cuales fueren, pero estos derechos se ejercerán sobre
la indemnización cuando consistan en un derecho de goce.

En nuestras leyes no existe disposición análoga á la de
la ley francesa de 1841. La ley de 8 de Marzo de 1810 se
limita á decir que los terrenos interesados á títulos de
usufructo ó de arrendamiento deben ser inmiscuidos en
la causa por el propietario y que su indemnización se rige
en la misma forma que la que se debe al propietario, lo
que implica que ellos reciben una indemnización especial
(art. 18). Esta disposición está reproducida en la ley de
23 de Abril de 1835 (art. 19). Se ha fallado, por aplica-
ción de estas leyes, que el enfiteuta no podía reclamar los
intereses de la indemnización acordada al arrendador, que
sólo tenía derecho á una parte alicuota de esta indemni-
zación por el valor venal y las plantaciones. Pero ¿sobre
qué pie se valuará esta parte alicuota? En el caso al deba-
te, la corte acordó tres séptimos al enfiteuta y cuatro al
propietario (2). La sentencia no dice conforme á qué base
se ha calculado aquella cifra. El cálculo, en todo caso, es
muy arbitrario, porque no hay base legal. Nosotros pre-
ferimos la jurisprudencia francesa, porque es más sencilla
y más jurídica.

1 Sentencia de denegada apelación, de 12 de Marzo de 1845 (Da-
lloz, 1854 1, 185). La doctrina se halla en el mismo sentido. Véanse
las autoridades citadas por Dalloz en la palabra "Expropiación por
causa de utilidad pública," núm. 618.

2 Bruselas, 29 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 18).

perficiario tiene en los edificios, obras y plantaciones: ¿es un derecho de propiedad, ó no es más que un desmembramiento de la propiedad? La cuestión es controvertida, tanto en derecho romano como en derecho moderno.

Llama la atención que los intérpretes del derecho romano estén en desacuerdo en una cuestión que ni siquiera debería agitarse. Los alemanes, que tienen predilección por las teorías, confeccionan una por amor al arte; echan en olvido que nuestra ciencia es una faz de la vida y que la vida real es práctica ante todo. Hay autores á quienes ha parecido bien resucitar la distinción del dominio directo y del dominio útil, al reconocer al superficiario el dominio útil de las construcciones y de las plantaciones (1). Remitimos á estos amantes de novedades al presidente Favre; el rudo magistrado cobra enojo contra los legistas feudales que reivindicaban el dominio útil en provecho del superficiario; dice y repite que el superficiario no sólo no tiene la propiedad de los edificios y de las plantaciones, sino que no puede tenerla (2). Doneau demuestra esta proposición hasta la última evidencia. La naturaleza de las cosas, dice él, se opone á estas pretensiones. ¿Puede concebirse un edificio sin suelo? ¿y es todavía más concebible que el propietario de una casa no lo sea también del suelo con el cual aquélla constituye una sola cosa? ¿Y qué nos dice el derecho? Que todo edificio es el accesorio del suelo; que, por consiguiente, el propietario del suelo lo es del edificio, aun cuando éste hubiese sido levantado por un poseedor de buena fe. Diríase que los jurisconsultos romanos han querido prevenir hasta la posibilidad una controversia, porque deciden con to-

1 Duroi, "Archiv für civilistische Praxis," t. 6^o, ps. 386 y siguientes. Compárese Büchel, "Civilrechtliche Erörterungen," I, 3, páginas 156 y siguientes.

2 Faber, "De erroribus pagmaticorum," decad. 64; error 2; "Conjecturarum," lib. XIX, cap. 13, núm. 6.

TITULO VI.

DEL DERECHO DE SUPERFICIE (1).

CAPITULO I.

Nociones generales.

§ I.—DEFINICION.

409. La ley de 10 de Enero de 1824 define en estos términos el derecho de superficie: "El derecho de superficie es un derecho real que consiste en tener edificios, obras ó plantaciones en un predio ajeno." ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Nuestra ley le llama real, lo que implica que es un simple desmembramiento de la propiedad. Claro es que el superficiario no tiene ningún derecho de propiedad en el suelo, supuesto que la ley dice formalmente que el predio pertenece á otra persona. Pero la ley no se explica sobre la naturaleza del derecho que el su-

1 Proudhon, "Tratado de los derechos de uso, servidumbres reales y del derecho de superficie," edición de Curasson, 2 vol. París, 1848. Donelli, "Commentarü de jure civili," lib. IX, caps. 16 y 17 (t. 5^o de la edición alemana de 1822, p. 393). Las fuentes romanas están indicadas en Weiske, "Rechtslexikon," en la palabra "Superficie," libro X, p. 185, nota 1.

das sus letras que los edificios que son objeto de un derecho de superficie pertenecen al dueño del suelo. Tan cierto es que no podía ser de otra manera, como decía Fayre, que si se conviniera en que el suelo perteneciese á una persona sin la superficie ó ésta sin el suelo, esta comunicación sería nula. Aquí se nos detendría para decirnos que Doneau prueba demasiado, porque resulta de lo que dice, que nadie puede tener casa en el suelo ajeno, y éste, sin embargo, es el objeto del derecho de superficie. Doneau contesta la objeción: según el derecho estricto, en efecto, esto no sería posible; por esto es que el pretor ha tenido que intervenir y que dar al superficiario una acción útil (1). Esto equivale á decir que, en definitiva, el derecho de superficie reposa en una ficción.

410. Ficción ó nó, se dirá, ésta es una cuestión de palabras. ¿Qué importa que el superficiario tenga una acción útil ó una acción directa? El tiene una acción útil, luego es propietario. Nuestro derecho moderno ignora las ficciones y las sutilezas del derecho pretoriano. Según nuestra legislación, lo que debe verse es el fondo de las cosas, y el superficiario puede ser propietario de la superficie sin serlo del suelo, y la ley de 1824 consagra esta doctrina. Es verdad que el código Napoleón admite la separación entre la superficie y el fondo, lo que el derecho romano y los verdaderos principios declaran imposible. El artículo 553 dice que un tercero, que no es propietario del suelo, puede adquirir, por título ó por prescripción, la propiedad de todo ó parte del edificio ajeno. Y según el artículo 664, pueden pertenecer á diferentes propietarios los varios pisos de una casa, siendo el suelo común. Esto no es el verdadero derecho de superficie, pero al menos está consagrada por la ley la separación entre el suelo y la superficie. Con esto se explica cómo es que, bajo el im-

1 Donelli, "Comment, IX, 6, (t. 5º, p. 395).

perio del código, un excelente jurisconsulto ha podido sostener que el superficiario es propietario no solamente de la superficie, sino que también lo es, en cierto concepto, del suelo, por más que éste sea propiedad ajena. Proudhon enseña que la superficie no consiste en un derecho incorpóreo, como las servidumbres, sino que es un inmueble real y físico, que implica un dominio que se aplica á objetos materiales, sin limitarse á la facultad de usar ó de gozar. Con la casa superficiaria pasa lo mismo que con una casa cuyo piso bajo se atribuye á una persona y el piso siguiente á otra: el piso segundo es una propiedad física y material para aquel á quien pertenece: de la misma manera la casa que yo poseo superficiariamente en el suelo ajeno es una propiedad física y material. La superficie es, pues, una verdadera propiedad raíz como otra heredad cualquiera. Proudhon es un jurisconsulto demasiado bueno para que no confiese que la reparación de suelo y de la superficie esté muy lejos de ser conforme al orden natural de las cosas, según el cual la superficie debe ceder al suelo. Si la ley admite es porque nada tiene que sea contrario al orden público ni á las buenas costumbres; el legislador le da fuerza como á cualquier otro convenio sobre intereses ó cosas que son de libre disposición. Tan cierto es que esta separación legalmente posible, jurídicamente es imposible, que Proudhon se ve obligado á reconocer en el superficiario una participación en la propiedad del suelo mismo. En efecto, dice él, el edificio consiste en dos cosas, según las leyes romanas, el suelo y la superficie; sin el suelo, la superficie no podría existir, ni siquiera imaginarse. Proudhon concluye diciendo que el superficiario está asociado en el dominio del fundo (1).

1 Proudhon y Curasson, "Tratado de los derechos de uso," t. I, pág. 390, núm. 373, pág. 385, núm. 368. Véase en el mismo sentido una sentencia de Besançon, de 12 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 1).

Toda esta teoría está edificada en el aire. No negaríamos que la separación de la superficie y del suelo sea legalmente posible, puesto que hay textos del código que la aceptan. Pero la cuestión está en saber si el superficiario realmente es propietario de la superficie y si está asociado en la propiedad del suelo. Ahora bien, en Francia no hay ley sobre la materia; el código no pronuncia el nombre de derecho de superficie. Luego si este derecho existe, debe estar regido por las leyes romanas, las únicas que lo hayan reglamentado. Síguese de aquí que Proudhon razona en falso cuando se apoya en el código civil para determinar los caracteres de un derecho que el código civil ignora. El debía únicamente argumentar con el texto de los Pandectas. En este terreno sin duda alguna que debe repudiarse la doctrina de Proudhon, porque es una verdadera herejía jurídica. En efecto, él declara posible una separación de la superficie y del fondo, mientras que el derecho romano declara esto imposible. El da al superficiario una parte en la propiedad del suelo, cosa en la que jamás pensó ningún jurista romano. Lo que en el antiguo derecho se reconocía al superficiario era la reproducción de la envejecida teoría del dominio útil. Esta distinción es desconocida en el derecho romano: remitimos al lector a Doneau, cuya doctrina hemos dejado expuesta en el núm. 344.

411. En Bélgica tenemos una ley y ésta es la que debe decidir la cuestión. La ley es muy discutida entre los juristas holandeses (1); no se cita ni un monumento de jurisprudencia, lo que prueba que la controversia no ha salvado los umbrales de la escuela; pero como se roza con un principio fundamental de la ley, debemos insistir. Se ha pretendido que la dificultad está resuelta en el tex-

1 "En als eigendam te bezitten." Tal es la opinión de Pinto (Ofzomer, t. II, ps. 109 y siguientes).

to: según los términos del art. 1º de la ley de 1824, el derecho de superficie consiste en tener edificios sobre un fondo de propiedad ajena. Esta palabra *tener* indica la posesión y la propiedad; si el poseedor *tiene* una cosa en el predio ajeno, es porque la posee, porque es su propietario. El argumento es muy débil, porque se puede poseer con títulos diversos; los que tienen un derecho real en un inmueble tienen la posesión y la propiedad de ese derecho, y sin embargo, no son propietarios de la cosa en la cual ejercen ese derecho. Así, pues, el superficiario puede *tener* edificios en el suelo ajeno, y ejercer casi todos los derechos del propietario en que tenga la propiedad de los edificios. En el proyecto de 1820, parecía resuelta la cuestión: después de la palabra *tener*, el proyecto agregaba: "y poseer como propiedad." Se suprimió esta parte del artículo. Ella podía inducir a creer que el nuevo código consagraba la vieja teoría del dominio útil. Esto prueba en todo caso que la palabra *tener*, por sí sola no tiene el alcance que le prestan; es una expresión general que se aplica a los desmembramientos de la propiedad, tanto como a ésta misma.

El art. 6 procura un argumento más especioso. Dice que al espirar el derecho de superficie, la propiedad de los edificios *pasa* al propietario del fundo. Luego se opera, dicen, una transmisión de propiedad en ese momento; y para que pueda pasar de manos del superficiario a las del propietario, se necesita que aquél tenga el edificio en su dominio, porque no puede transmitir á otros derechos que él mismo no tiene (1). ¿Hay que recurrir á la ficción del dominio útil para explicar esta expresión? (2). Posible es que esta teoría anticuada haya ejercido alguna influencia

1 Lipman, "Introducción al título de la Superficie" (Ofzomer, tomo 2º, p. 108).

2 Tal es la opinión de Ofzomer, t. 2º; p. 108 y nota 2.

en los autores de la ley belga; sin embargo, el texto no conserva ningún vestigio de ella, y lo que le quita todo crédito, es que en el antiguo derecho De Groot enseñaba la doctrina romana pura; él negaba formalmente que el superficiario tuviese la plena, la verdadera propiedad de la cosa gravada con el derecho de superficie, porque nadie puede ser propietario de un edificio cuando no lo es del suelo en el cual está incorporado, con el cual no hace más que una sola cosa. ¿Qué era, pues, el derecho superficiario según De Groot? El derecho de construir en el fundo ajeno, de conservar las construcciones y de disfrutarlas, es un cuasi-dominio, decía Doneau. El legislador belga da el nombre de propiedad á este derecho que al extinguirse la superficie pasa al propietario del suelo (1). Vamos á probarlo por el texto mismo de la ley.

El art. 6 expone que las construcciones las ha levantado el superficiario. Si al formularse el contrato hubiere ya edificios en el fundo, son en ese momento propiedad incontestable de aquél á quien el suelo pertenece. Van á llegar á ser propiedad del superficiario. En la opinión que estamos combatiendo había que contestar afirmativamente. En efecto, no hay dos derechos de superficie, uno sobre edificios por construir y el otro sobre edificios ya contruidos; el derecho del superficiario es uno sólo y el mismo en ambas hipótesis. Pues bien, ¿qué es lo que dice el art. 7 que prevee el caso en que las construcciones existen ya en el predio? El propietario del predio las recobrará al espirar el derecho; luego jamás han casado de pertenecerle. La ley supone, en verdad, que el superficiario, á quien llama el *adquirente*, no ha pagado el valor de las construcciones; pero esta circunstancia es extraña á nuestro debate; si la ley la menciona es para deducir

1 De Groot, "Insliding op de hallandsche rechtsgelcernheid," II, 46, 9.

que, al expirar su derecho, el superficiario no puede reclamar ninguna indemnización, mientras que sí tiene derecho á reclamarla si ha pagado los trabajos en el momento de entrar al goce de la cosa.

Hay en la ley belga otra disposición que parece conceder la razón á los que dicen que el superficiario tiene la propiedad de los edificios: él puede demolerlos, dice el art. 5, si él los ha levantado ó si ha pagado su valor. ¿Se concibe que el que no es propietario de una cosa pueda destruirla? Se contesta que si el tuviera realmente la propiedad de los edificios, habría sido inútil decir que los puede demoler, porque tal derecho pertenece á todo propietario. No hay que confundir las facultades inherentes al derecho de propiedad con el derecho de donde ellas emanan; se pueden desmembrar todas esas facultades, y conservar, á pesar de eso, el dominio de la cosa. Así pasa en la enfiteusis. El enfiteuta puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad del fundo y no ser, sin embargo, propietario. Lo mismo pasa con el superficiario. El puede demoler, no porque sea propietario, sino aun cuando no lo sea (1).

§ II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

412. Doneau dice que hay tres cosas esenciales en la superficie. En primer lugar, el suelo en el cual se hallan los edificios debe pertenecer á otra persona; en efecto, la superficie implica que el superficiario no tiene la propiedad del suelo. El derecho romano ignora la pretendida participación en la propiedad del suelo imaginada por Proudhon, é igualmente la ignora la ley belga: la definición dice que el superficiario tiene el derecho de poseer edificios en un fundo perteneciente á otra persona. Existe

1 Esta es la opinión de Ofzomer, t. 2º, p. 110.

en los autores de la ley belga; sin embargo, el texto no conserva ningún vestigio de ella, y lo que le quita todo crédito, es que en el antiguo derecho De Groot enseñaba la doctrina romana pura; él negaba formalmente que el superficiario tuviese la plena, la verdadera propiedad de la cosa gravada con el derecho de superficie, porque nadie puede ser propietario de un edificio cuando no lo es del suelo en el cual está incorporado, con el cual no hace más que una sola cosa. ¿Qué era, pues, el derecho superficiario según De Groot? El derecho de construir en el fundo ajeno, de conservar las construcciones y de disfrutarlas, es un cuasi-dominio, decía Doneau. El legislador belga da el nombre de propiedad á este derecho que al extinguirse la superficie pasa al propietario del suelo (1). Vamos á probarlo por el texto mismo de la ley.

El art. 6 expone que las construcciones las ha levantado el superficiario. Si al formularse el contrato hubiere ya edificios en el fundo, son en ese momento propiedad incontestable de aquél á quien el suelo pertenece. Van á llegar á ser propiedad del superficiario. En la opinión que estamos combatiendo había que contestar afirmativamente. En efecto, no hay dos derechos de superficie, uno sobre edificios por construir y el otro sobre edificios ya contruidos; el derecho del superficiario es uno sólo y el mismo en ambas hipótesis. Pues bien, ¿qué es lo que dice el art. 7 que prevee el caso en que las construcciones existen ya en el predio? El propietario del predio las recobrará al espirar el derecho; luego jamás han casado de pertenecerle. La ley supone, en verdad, que el superficiario, á quien llama el *adquirente*, no ha pagado el valor de las construcciones; pero esta circunstancia es extraña á nuestro debate; si la ley la menciona es para deducir

1 De Groot, "Inlsiding op de hallandsche rechtsgelcernheid," II, 46, 9.

que, al expirar su derecho, el superficiario no puede reclamar ninguna indemnización, mientras que si tiene derecho á reclamarla si ha pagado los trabajos en el momento de entrar al goce de la cosa.

Hay en la ley belga otra disposición que parece conceder la razón á los que dicen que el superficiario tiene la propiedad de los edificios: él puede demolerlos, dice el art. 5, si él los ha levantado ó si ha pagado su valor. ¿Se concibe que el que no es propietario de una cosa pueda destruirla? Se contesta que si el tuviera realmente la propiedad de los edificios, habría sido inútil decir que los puede demoler, porque tal derecho pertenece á todo propietario. No hay que confundir las facultades inherentes al derecho de propiedad con el derecho de donde ellas emanan; se pueden desmembrar todas esas facultades, y conservar, á pesar de eso, el dominio de la cosa. Así pasa en la enfiteusis. El enfiteuta puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad del fundo y no ser, sin embargo, propietario. Lo mismo pasa con el superficiario. El puede demoler, no porque sea propietario, sino aun cuando no lo sea (1).

§ II.—CARACTERES DE LA ENFITEUSIS.

412. Doneau dice que hay tres cosas esenciales en la superficie. En primer lugar, el suelo en el cual se hallan los edificios debe pertenecer á otra persona; en efecto, la superficie implica que el superficiario no tiene la propiedad del suelo. El derecho romano ignora la pretendida participación en la propiedad del suelo imaginada por Proudhon, é igualmente la ignora la ley belga: la definición dice que el superficiario tiene el derecho de poseer edificios en un fundo perteneciente á otra persona. Existe

1 Esta es la opinión de Ofzomer, t. 2º, p. 110.

un segundo elemento esencial que el mismo nombre del derecho indica: una superficie. Con esto se da á entender una construcción distinta del suelo. Cuando un edificio se considera como parte del suelo, ya deja de ser una superficie, y la propiedad absoluta del suelo implica lo que está encima y lo que está debajo. Así es que en la fuerza del lenguaje jurídico no se dice que el superficiario tiene un derecho sobre edificios, sino que tiene un derecho sobre una superficie ó sobre *edificios superficiarios*, á fin de marcar que el derecho no estriba sobre los edificios mismos, los cuales no se conciben sin el suelo, que no tiene por objeto más que las construcciones consideradas superficialmente, y haciendo abstracción del suelo. Nuestra ley, menos correcta, se sirve de la palabra *edificios*; debe entenderse esto en el sentido que acabamos de explicar siguiendo á Doneau: esto no tiene duda. Por último, es preciso que el superficiario *tenga* aquellos edificios: ésta es también expresión de la ley belga; significa, no que el superficiario es propietario, sino que puede usar de la cosa como si le perteneciera. Luego él tiene los derechos del propietario sin serlo (1).

413. Doneau no dice que el superficiario debe pagar al propietario una renta ó reconocimiento de su derecho de propiedad (2). La ley belga, que establece esta condición para la enfiteusis, no la reproduce en la definición del derecho de superficie. Esta es una diferencia entre estos dos derechos que tienen tal analogía, que hay jurisconsultos que los confunden, y que parece que creen que no hay más que una diferencia de denominación, en el sentido de que el derecho de enfiteusis constituido en un edificio toma el nombre de derecho de superficie. Por grande que sea la analogía, hay diferencias que son esenciales. Aca-

1 Donelli, "Comment." IX, 16, 2, 5, (t. 5°, ps. 394 y siguientes.

2 Donelli, "Comment." IX, 16, 7 (t. 5°, p. 393).

bamos de indicar una de ellas. El enfiteuta debe un canon para hacer constar que es poseedor precario respecto al propietario. Ahora bien, la misma razón existe para el superficiario. Tan cierto es esto que Doneau aconseja que se haga el contrato en la forma de arrendamiento, á fin de que la renta anual sea un reconocimiento de los derechos del propietario del suelo. Si se admite que el derecho de superficie puede establecerse á título gratuito, es porque para la donación se necesita una escritura; y desde el momento en que existe un escrito, los derechos del propietario quedan resguardados, supuesto que el nombre mismo del derecho que se dona implica que el donador sigue siendo propietario.

Doneau hace constar otra diferencia. La enfiteusis establecida en un edificio estriba sobre el fundo, puesto que no es concebible el edificio sin el suelo con el cual se incorpora. Mientras que el derecho de superficie no recae en el predio, su objeto es la superficie. No hay que creer que la diferencia sea nominal. En tanto que subsistan los edificios, los derechos del superficiario y del enfiteuta serán los mismos en cuanto al goce. Pero si el edificio se destruye por un caso fortuito, el derecho del superficiario se extinguirá, porque ya no hay superficie. El derecho del enfiteuta, por el contrario, subsistiría, supuesto que grava al predio (1).

Según la ley belga, hay otra diferencia en cuanto á la duración del derecho. Más adelante trataremos este punto.

414. Hay grande analogía entre el usufructo y el derecho de superficie. Proudhon dice que el superficiario y el usufructuario disfrutan uno y otro de un suelo que no les pertenece; la expresión no es del todo exacta, porque el usufructuario tiene un derecho en el suelo, y el enfiteuta sólo lo tiene en la superficie; pero ambos tienen un derecho

1 Donelli, "Com." IX, 16, 1 (t. 5°, p. 393).

real en el fundo ageno, derecho que les da el goce de los edificios que en él se encuentran; como este derecho se ejerce en una cosa inmobiliaria, está colocado por la ley entre los inmuebles, y por consiguiente, puede hipotecarse. Uno y otro tienen las acciones reales y posesorias.

Proudhon añade que el usufructo no es más que una servidumbre personal que se extingue con la muerte del usufructuario, mientras que el derecho de superficie es un derecho de propiedad transmisible á los herederos del superficiario. El derecho de superficie se transmite, es cierto, á los herederos, pero esto no es á título de propiedad. Todos los derechos reales son transmisibles por vía de herencia, y sin embargo, no son más que desmembramientos de la propiedad. Lo mismo sucede con el derecho de superficie (1).

Hay una diferencia considerable entre los dos derechos en cuanto á la extensión del goce que dan al usufructuario y al superficiario. El primero debe conservar la substancia de la cosa, por consiguiente está obligado á disfrutar como buen padre de familia. Proudhon dice que el superficiario, al poseer su propiedad como dueño, no está obligado ni á reparar ni á conservar en buen estado, y que por tal motivo no debe presentar caución (2). Esto es verdad en cierto sentido, pero carece de precisión. Ya veremos en qué sentido el superficiario tiene el derecho de abusar destruyendo la cosa; este derecho no es absoluto. En todo caso, no hay ninguna relación entre los derechos del superficiario y la obligación de dar caución. El enfiteuta no está obligado á dar caución; no obstante, sí lo está á las reparaciones, y debe disfrutar como buen padre de familia.

1 Proudhon, "Del usufructo," t. 1°, p. 142, núm. 117.

2 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1°, p. 396, núm. 383.

Hay también una diferencia entre el derecho del superficiario y el del usufructuario, en lo concerniente á la duración del derecho y á las causas de extinción que resultan. Más adelante hablaremos de esto.

ANIL

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN

DE BIBLIOTECAS

417. El derecho de superficie puede establecerse por donación, por testamento ó por un contrato á título oneroso. ¿Por qué puede donarse el derecho de superficie, mientras que la enfiteusis no puede constituirse á título gratuito? Doneau no contesta la pregunta; las razones que él alega se aplican á uno y otro derecho: lo que puede venderse, dice él, puede también donarse (1). Por regla general, sin duda que sí. Pero cuando el precio es de la esencia del contrato, la donación propiamente dicha se hace imposible. Así pasa con la enfiteusis. La cuestión es, pues, equivalente á preguntar por qué el superficiario no debe pagar necesariamente una renta. El origen y la causa de las dos instituciones difieren. La enfiteusis tenía por objeto, en sus principios, encontrar cultivadores para las inmensas propiedades de los grandes del Imperio; lo que implica un convenio á título oneroso. Mientras que la superficie se concibe muy bien en la forma de donación; entonces se acerca al derecho de habitación.

Por lo demás, tales cuestiones son de pura teoría. De hecho no se conocen más que derechos de superficie establecidos por arrendamiento, venta ó partición. Para que el arrendamiento engendre un derecho de superficie, se necesita que las partes declaren formalmente su voluntad; la observación es de Doneau. En efecto, el arrendamiento puede celebrarse bajo las mismas condiciones, es decir, que el tomador disfrute de un edificio construido ó por construir, mediante una renta anual. La única dificultad, y es esencial, es que el arrendamiento es un derecho de crédito, y por lo tanto, mobiliario, mientras que el derecho de superficie es real é inmobiliario. Precisa, pues, que las partes declaren su voluntad. La venta puede también comprender ó la propiedad del edificio, ó el derecho de super-

1 Donelli, "Commentarii," IX, 16, 19 (t. 5º, p. 402).

CAPITULO II.

CÓMO SE ESTABLECE EL DERECHO DE SUPERFICIE.

415. ¿Quién puede constituir el derecho de superficie? El propietario solo, porque es un desmembramiento de la propiedad, es decir, una enagenación parcial. El también debe tener capacidad para enagenar por la misma razón. Hay á este respecto una analogía completa entre el derecho de superficie y la enfiteusis, luego hay que aplicar lo que antes hemos dicho (núm. 362). Los principios son también idénticos en lo concerniente a la adquisición del derecho (núm. 363).

416. ¿Qué bienes pueden gravarse con el derecho de superficie? El suelo, puesto que no podría haber superficie sin suelo. En las fuentes romanas sólo se trata de edificios superficiarios. De esto se ha inferido que no se podrían tener plantaciones superficiarias; en efecto, el derecho de superficie es una pura ficción, y las ficciones no se extienden, aun cuando sea por motivos de analogía (1). El argumento es muy lógico, pero no concierne más que al derecho romano. Nuestra ley dispone que se pueden tener en el suelo ageno edificios, obras ó plantaciones (art. 1).

1 Heimbak, en el "Rechtslexikon," del Weiske, t. 1º, ps. 697 y siguientes.

ficie; naturalmente se necesita que las partes expliquen cuál es su intención.

Conforme al derecho romano, se establecía una diferencia entre el arrendamiento y la venta del derecho de superficie. La venta operaba una separación temporal del suelo y de la superficie, y era válida por corto que fuese el plazo por el cual se había concertado. Para el arrendamiento, al contrario, se exigía un plazo bastante largo, más que la duración ordinaria de los arrendamientos, lo que venía á ser un medio para distinguir los dos contratos que, en apariencia, tienen tanta analogía (1). La ley belga no mantiene esta diferencia, sino que se limita á decir que el derecho de superficie no puede establecerse por un término que exceda de cincuenta años, salvo la facultad de renovarlo; luego no hay minimum de duración, de donde se infiere que el derecho puede constituirse por la duración ordinaria de los arrendamientos. Razón de más para que las partes declaren con claridad su intención, á fin de que se sepa si la superficie se alquila á título de derecho real ó á título de crédito. Había, además, la diferencia de que como el derecho real de superficie es inmobiliario, el título constitutivo debe registrarse, aun cuando se consintiese solamente por un término de nueve años ó menos; mientras que los arrendamientos ordinarios no deben registrarse sino cuando exceden de nueve años (2). La venta se distingue del arrendamiento por la naturaleza del precio, pues consiste en una suma capital, mientras que el tomador paga una renta anual. Por esto es que Doneau aconseja que se establezca el derecho de superficie en la forma de arrendamiento, según antes lo hemos dicho. De-

1 Donelli, "Commentarü," IX, 16, 11, 15, y IX, 16, 7 (t. 5°, páginas 396-398).

2 Ley de 10 de Enero de 1824, art. 3. Ley hipotec., de 16 de Diciembre de 1851, art. 1°

base entender que la escritura de venta debe registrarse; la ley belga no distingue de qué manera se constituye el derecho de superficie; de lo que siempre resulta un derecho real inmobiliario, y por lo mismo hay lugar á registro.

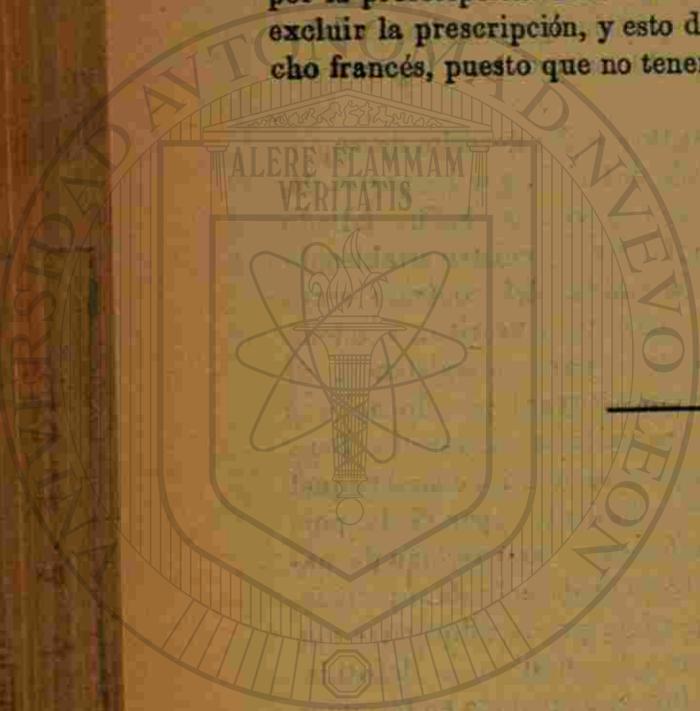
No porque el título constitutivo del derecho de superficie debe transcribirse, puede inferirse que las partes deban redactar un escrito de sus convenios. Se ha fallado lo contrario (1). Esto es confundir el registro establecido por interés de terceros con la validez del contrato entre las partes. Únicamente los contratos ó escrituras solemnes son las que exigen un escrito para su existencia. Si el derecho de superficie se constituyera por donación ó testamento, claro es que se necesitaría un escrito. Pero igualmente claro es que ninguno se necesita cuando aquel derecho se establece por arrendamiento ó por venta, porque éstos contratos no son solemnes y no cambian de naturaleza cuando tienen por objeto un derecho de superficie.

418. ¿El derecho de superficie puede adquirirse por usucapición? En derecho romano, la cuestión es debatida. Hay un texto que parece excluir la usucapición en términos absolutos; pero recibe también otra interpretación que, á nuestro juicio, es la buena. El jurisconsulto romano no habla del derecho de superficie, sino que examina la cuestión de saber si un edificio ó una superficie, puede ser usucapida por toda la propiedad, independientemente del suelo; y naturalmente responde: *Numquam superficies*, sino solo *capilongo tempore foteft* (2). Distinta es la cuestión de saber si el derecho de superficie puede ser usucapido. En principio, la afirmativa no es dudosa. El derecho de su-

1 Fallo del tribunal de Turnhout, de 14 de Mayo de 1857 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 31).

2 L. 26, D. XI, 3. Heimbach, Weiske, "Rechtalexikon" t. 10°, página 701. y nota 28. En sentido contrario. Namur, "Curso de Institutas," t. 1°, página 259.

perficie puede venderse, luego puede tambien adquirirse por la prescripción. Habría necesidad de un texto para excluir la prescripción, y esto decide la cuestión en derecho francés, puesto que no tenemos ningún texto.



CAPITULO III.

Derechos y obligaciones del superficiario.

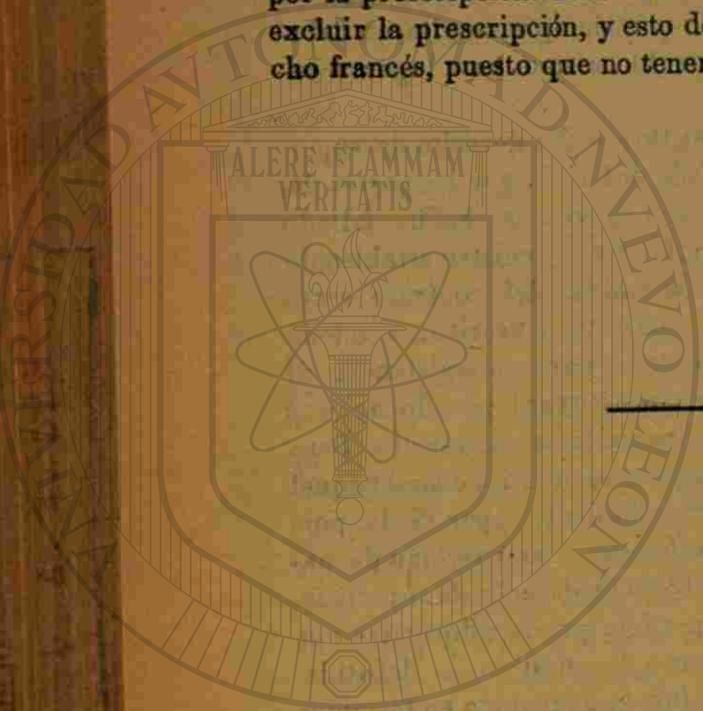
§ I.—DERECHOS.

Núm. 1. Derechos de disposición.

419. Doneau dice que el derecho del superficiario se asemeja en todo al del enfiteuta. Uno y otro ejercen los derechos que corresponden al propietario, el enfiteuta en el suelo, y el superficiario en la superficie (1). El signo de esta quasi-propiedad es que el superficiario tiene las acciones posesorias y reales. En derecho romano, las acciones posesorias que el pretor concedía al poseedor tenían un nombre especial. Nosotros ya no conocemos tal rigor; una sola disposición existe, el art. 23 del código de procedimientos, para todos los que tienen derechos que hacer valer en virtud de su posesión: ellos pueden intentar las acciones posesorias, si durante un año, por lo menos, estaban en posesión pacífica, á título no precario. Ahora bien, el título del superficiario es un título no precario, en el sentido de que él tiene un derecho real en la cosa, derecho de tal extensión que se le asimila con la propiedad. Por esto es que se le conceden también las acciones

1 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 1 (t. 5^o, p. 403).

perficie puede venderse, luego puede tambien adquirirse por la prescripción. Habría necesidad de un texto para excluir la prescripción, y esto decide la cuestión en derecho francés, puesto que no tenemos ningún texto.



CAPITULO III.

Derechos y obligaciones del superficiario.

§ I.—DERECHOS.

Núm. 1. Derechos de disposición.

419. Doneau dice que el derecho del superficiario se asemeja en todo al del enfiteuta. Uno y otro ejercen los derechos que corresponden al propietario, el enfiteuta en el suelo, y el superficiario en la superficie (1). El signo de esta quasi-propiedad es que el superficiario tiene las acciones posesorias y reales. En derecho romano, las acciones posesorias que el pretor concedía al poseedor tenían un nombre especial. Nosotros ya no conocemos tal rigor; una sola disposición existe, el art. 23 del código de procedimientos, para todos los que tienen derechos que hacer valer en virtud de su posesión: ellos pueden intentar las acciones posesorias, si durante un año, por lo menos, estaban en posesión pacífica, á título no precario. Ahora bien, el título del superficiario es un título no precario, en el sentido de que él tiene un derecho real en la cosa, derecho de tal extensión que se le asimila con la propiedad. Por esto es que se le conceden también las acciones

1 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 1 (t. 5^o, p. 403).

reales. El derecho romano, más exacto que el derecho francés, distinguía escrupulosamente las acciones que correspondían al verdadero propietario, llamándolas directas, de las que podía intentar el superficiario ó el enfiteuta que sólo tenían un cuasi-dominio: Ulpiano llama á las acciones del superficiario, acciones *cuasi-reales*. Recomendamos la expresión á los que continúan reivindicando en provecho del superficiario una verdadera propiedad en la superficie. El término de que se sirve el jurisconsulto romano es la negación de esta pretendida propiedad (1).

420. Doneau dice que el superficiario puede vender la *superficie*, que puede donarla, legarla. No se expresa así la ley belga; por los términos del art. 2, el que tiene el derecho de superficie puede enagenar. Luego lo que él puede enagenar es su derecho de superficie y no el edificio que con tal título posee. Nosotros creemos que en este punto el lenguaje de nuestra ley es más correcto que el del jurisconsulto francés. El mismo establece, con la precisión que lo distingue, que el superficiario no tiene la propiedad de las construcciones, y no siendo propietario ¿cómo habría de tener el derecho de enagenar? Según el rigor de la ley, esto no se concibe. El verdadero propietario es el dueño del suelo, y él tiene derecho á enagenarlo: y ¿se puede entender que dos personas tengan el derecho de enagenar una sola y misma cosa? Esto no se puede entender, como tampoco que la propiedad pertenezca por su total á dos propietarios. Cada cual puede disponer de lo que le pertenece: el propietario del suelo puede enagenar la propiedad desmembrada por la constitución del derecho de superficie, y el superficiario el desmembramiento de la propiedad que está bajo su propiedad (2).

1 Ulpian, en la L. 1, D., "de superf." (XLIII, 18). Donelli, *Commentarij*, IX, 17, 3 (t. 5°, p. 404).

2 Donelli, "Commentarij," IX, 17, 6. En sentido contrario, Ofzomer, "Het, burgerlijk wetboek," t. 2°, p. 110.

Otro tanto diremos del derecho de hipoteca. La superficie, dice Proudhon, es una heredad susceptible de hipoteca (1). Nuestras leyes no se expresan de este modo; la de 1824 dice que el superficiario puede hipotecar el *derecho* de superficie, y nuestra ley hipotecaria está concebida en los mismos términos (art. 45, núm. 2). En derecho, ni siquiera se concibe que la superficie sea hipotecada. Desde el momento en que en un contrato se considera un edificio como distinto y separado del suelo, se vuelve mueble; la hipoteca de la superficie sería, pues, la hipoteca de una cosa mobiliaria. Ya se ve cuán importante es mantener la precisión del lenguaje. Además ¿el que hipoteca no debe ser propietario de la cosa hipotecada? Ahora bien, el superficiario no tiene la propiedad, sino únicamente un *cuasi-dominio*, y una ficción no se puede hipotecar. ¿Se dirá que ésta es una disputa de palabras? Al hipotecar su derecho de superficie ¿no hipoteca el superficiario necesariamente los inmuebles en los cuales está establecido su derecho? Nó, porque esto equivaldría á confundir el derecho de superficie con la superficie. El derecho de superficie es un derecho real inmobiliario, que con tal carácter puede hipotecarse; en cuanto á los inmuebles superficiales, son un accesorio del suelo, y no se pueden hipotecar con separación de éste; ¿y el suelo pertenece al superficiario? (2).

La ley de 1824 se separa del rigor de los principios al permitir al superficiario que grave con servidumbre los bienes que son objeto de su derecho, pero únicamente mientras dure su goce (art. 2). Acabamos de decirlo; la superficie separada del suelo es mueble; y se necesitaría una ficción para que dicho mueble fuese considerado como

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1°, p. 391, núm. 376.

2 Ofzomer, "Het burgerlijk wetboek," t. 2°, ps. 111 y 112.

un inmueble. A decir verdad, toda la teoría de los derechos del superficiario en tanto que estriban sobre la superficie distinta del suelo, es una ficción. ¿Quién puede establecer servidumbre? Únicamente el propietario. ¿Y quién es propietario? La propiedad de la superficie es controvertida, y por eso la dejamos á un lado. Aun suponiendo que el superficiario sea propietario de los edificios, esto no le daría el derecho de establecer una servidumbre, porque las servidumbres gravan el predio; y es claro que el superficiario ningún derecho tiene en el predio. Esto decide la cuestión. Por esto Doneau cuida de hacer notar que el pretor da acciones útiles para mantener la constitución de la servidumbre, la cual sería nula conforme al derecho puro (1).

421. El superficiario transmite su derecho á sus herederos. Toda transmisión, toda mutación del derecho de superficie reporta el mismo derecho que la transmisión de la propiedad (2). Hay en este concepto una diferencia considerable entre el usufructo y el derecho de superficie. Ella se explica, en parte al menos, por el carácter vitalicio del derecho del usufructuario. De hecho puede suceder que dicha diferencia no exista. El derecho de superficie no dura más que cincuenta años, y el usufructo puede exceder de este término. Hay en esto una anomalía que será preciso borrar cuando se revise la ley de registro público.

Núm. 2.—Derecho de goce.

422. El derecho de superficie reúne en sí mismo todos los atributos de la propiedad raíz. En estos términos es

1 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 6 (t. 5º, p. 407).

2 Campionière y Rigaud, "Tratado de los derechos de registro," t. IV, p. 530, núm. 3469.

como Proudhon formula el principio (1), y Doneau acaba de decirnos lo mismo. Entiéndase bien que este derecho de cuasi-propiedad está limitado á la superficie. Proudhon infiere de aquí esta consecuencia: que el usufructuario tiene el derecho de usar y de abusar de su superficie, supuesto que puede disponer de ella de todas suertes, y que el derecho de disponer como dueño contiene necesariamente el de abusar. Esto es cierto, pero con una reserva. Si se han hecho las construcciones por el superficiario, ó si pagó su valor al establecerse el derecho de superficie, él puede demolerlas mientras dure su derecho. Pero no es de la esencia del contrato que el superficiario pague el valor de los edificios que existen en el predio al iniciarse su goce. En este caso no puede demolerlos, sino que, al contrario, debe conservarlos para devolverlos al propietario, y por consiguiente, deberá disfrutar como buen padre de familia; luego no puede ser cuestión del derecho de abusar (arts. 6 y 7 de la ley de 1824). En cuanto á los edificios que él ha construido ó pagado, como puede demolerlos, naturalmente los disfruta como se le ocurre, salvo al espirar su derecho, sufrir las consecuencias de un goce abusivo, en el sentido de que el propietario no debe reembolsarle sino el valor actual de su superficie (art. 6).

La ley no se explica sobre los deterioros que el superficiario comete en el goce de los edificios que existían en el predio y cuyo valor no ha pagado; únicamente dice que el propietario los recobrará sin que esté obligado á ninguna indemnización. Pero de esto no debe inferirse, al contrario, que no tiene derecho á ninguna indemnización en caso de abuso. Esto sería contrario á todo principio, y la ley mantiene el derecho común por el hecho solo de no

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 392, núm. 378.

derogarlo; y por otra parte, ninguna razón había para derogarlo.

423. Pudiendo abusar, con mayor razón puede el superficiario disfrutar como quiera y aprovechar todos los frutos, todos los emolumentos que la cosa produce. Proudhon le reconoce el derecho de caza, porque el tiene el derecho de exclusión. Pero no debe echarse en olvido que á su lado tiene un propietario á quien pertenece el suelo, y que en éste último el superficiario no tiene ningún derecho. Luego ninguno tiene en el tesoro que se descubriese en el predio, ni en las minas que se encontraren. Proudhon asimila al superficiario con el usufructuario y le atribuye, en consecuencia, el producto de las minas que estaban en explotación al iniciarse su derecho. Esto, á nuestro juicio, es confundir derechos que son muy distintos. El usufructuario tiene un derecho en el predio, mientras que el superficiario sólo lo tiene en la superficie. No teniendo ningún derecho en el predio ¿con qué título reclamaría las minas y canteras? (1).

424. El goce del usufructuario origina una dificultad. Supónese que su derecho se ha constituido por arrendamiento; luego él paga una renta anual al propietario como precio de su goce. Si se ve privado de éste, por caso fortuito, ¿puede reclamar una indemnización? Sí, dice Doneau, porque él es tomador; y teniendo las obligaciones de tal, debe tener también los derechos (2). Esto nos parece dudoso. En primer lugar, para que la cuestión pueda discutirse, hay que suponer que se trata de una heredad rústica. Pero hay una diferencia capital entre el arrendatario y el superficiario. El arrendador contrae la obligación de hacer que el arrendatario disfrute, mientras

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 392, núm. 378, y p. 393, núm. 380.

2 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 9 (t. 5º, p. 409).

que el propietario del predio gravado con un derecho de superficie no esté obligado á hacer que el superficiario disfrute. ¿Permite esta diferencia que se razone por analogía de un derecho al otro? No lo creemos así. Hay otras razones que nos parecen decisivas. El derecho de superficie puede establecerse por arrendamiento ó por venta y esto en nada cambia los derechos del superficiario. Si él es comprador, ciertamente que no podrá reclamar ninguna indemnización, porque entonces falta toda analogía; desde el momento en que la venta se perfecciona todo queda consumado, el comprador no tiene ya ningún derecho contra el vendedor, á menos que se vea perturbado ó despojado. ¿Por qué el propietario había de tener, en caso de arrendamiento, un derecho que no tiene en caso de venta? El derecho de superficie es el mismo en ambas hipótesis, luego las consecuencias deben ser las mismas. Por último, la ley sobre la enfiteusis niega al enfiteuta todo el derecho á una compensación por privación de goce; ahora bien, Doneau confiesa que la enfiteusis y la superficie se asemejan casi en todos sus puntos. He aquí una analogía que predomina sobre la del arrendamiento.

§ II.—OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO.

425. La ley no dice que el superficiario debe ejecutar las reparaciones; y aparentemente no puede haber cuestión de reparar, cuando el superficiario tiene el derecho de abusar. En efecto, en los casos en que él tiene el derecho de demoler, claro es que no estará obligado á reparar. Pero no siempre tiene ese derecho. Cuando existen edificios en el predio en el momento en que se constituye el derecho de superficie, él debe conservarlos, y por consiguiente, repararlos (núm. 422). Entonces hay que aplicar por analogía lo que hemos dicho de la enfiteusis (número 388).

derogarlo; y por otra parte, ninguna razón había para derogarlo.

423. Pudiendo abusar, con mayor razón puede el superficiario disfrutar como quiera y aprovechar todos los frutos, todos los emolumentos que la cosa produce. Proudhon le reconoce el derecho de caza, porque el tiene el derecho de exclusión. Pero no debe echarse en olvido que á su lado tiene un propietario á quien pertenece el suelo, y que en éste último el superficiario no tiene ningún derecho. Luego ninguno tiene en el tesoro que se descubriese en el predio, ni en las minas que se encontraren. Proudhon asimila al superficiario con el usufructuario y le atribuye, en consecuencia, el producto de las minas que estaban en explotación al iniciarse su derecho. Esto, á nuestro juicio, es confundir derechos que son muy distintos. El usufructuario tiene un derecho en el predio, mientras que el superficiario sólo lo tiene en la superficie. No teniendo ningún derecho en el predio ¿con qué título reclamaría las minas y canteras? (1).

424. El goce del usufructuario origina una dificultad. Supónese que su derecho se ha constituido por arrendamiento; luego él paga una renta anual al propietario como precio de su goce. Si se ve privado de éste, por caso fortuito, ¿puede reclamar una indemnización? Sí, dice Doneau, porque él es tomador; y teniendo las obligaciones de tal, debe tener también los derechos (2). Esto nos parece dudoso. En primer lugar, para que la cuestión pueda discutirse, hay que suponer que se trata de una heredad rústica. Pero hay una diferencia capital entre el arrendatario y el superficiario. El arrendador contrae la obligación de hacer que el arrendatario disfrute, mientras

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1º, p. 392, núm. 378, y p. 393, núm. 380.

2 Donelli, "Commentarii," IX, 17, 9 (t. 5º, p. 409).

que el propietario del predio gravado con un derecho de superficie no esté obligado á hacer que el superficiario disfrute. ¿Permite esta diferencia que se razone por analogía de un derecho al otro? No lo creemos así. Hay otras razones que nos parecen decisivas. El derecho de superficie puede establecerse por arrendamiento ó por venta y esto en nada cambia los derechos del superficiario. Si él es comprador, ciertamente que no podrá reclamar ninguna indemnización, porque entonces falta toda analogía; desde el momento en que la venta se perfecciona todo queda consumado, el comprador no tiene ya ningún derecho contra el vendedor, á menos que se vea perturbado ó despojado. ¿Por qué el propietario había de tener, en caso de arrendamiento, un derecho que no tiene en caso de venta? El derecho de superficie es el mismo en ambas hipótesis, luego las consecuencias deben ser las mismas. Por último, la ley sobre la enfiteusis niega al enfiteuta todo el derecho á una compensación por privación de goce; ahora bien, Doneau confiesa que la enfiteusis y la superficie se asemejan casi en todos sus puntos. He aquí una analogía que predomina sobre la del arrendamiento.

§ II.—OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO.

425. La ley no dice que el superficiario debe ejecutar las reparaciones; y aparentemente no puede haber cuestión de reparar, cuando el superficiario tiene el derecho de abusar. En efecto, en los casos en que él tiene el derecho de demoler, claro es que no estará obligado á reparar. Pero no siempre tiene ese derecho. Cuando existen edificios en el predio en el momento en que se constituye el derecho de superficie, él debe conservarlos, y por consiguiente, repararlos (núm. 422). Entonces hay que aplicar por analogía lo que hemos dicho de la enfiteusis (número 388).

426. La ley belga somete al enfiteuta á todas las imposiciones hechas sobre el fundo, y no contiene una disposición análoga respecto al superficiario. No obstante, él está obligado sin duda alguna, á las cargas anuales que pesan sobre la heredad. Poco importa que el superficiario no tenga ningún derecho en el predio; en efecto, es de regla que las contribuciones, aún la que se llama predial, graven el goce del fundo y se paguen sobre los frutos. Por aplicación de este principio es por lo que el usufructuario y el enfiteuta deben soportar las cargas anuales, y por consiguiente, también el usufructuario. La extensión de esta obligación varía según los diversos derechos; como la superficie es casi idéntica con la enfiteusis, la analogía exige que el superficiario esté obligado como el enfiteuta más bien que como el usufructuario. Por la misma razón, debe decidirse que la retención que el legislador francés permite que el enfiteuta haga sobre el censo enfiteutico no puede hacerla el superficiario, porque la ley belga no ha mantenido este derecho en favor del enfiteuta. En una palabra, todo lo que hemos dicho de las cargas del enfiteuta debe aplicarse al superficiario (núms. 386-390).

CAPITULO IV.

Derechos y obligaciones del propietario.

427. El que establece un derecho de superficie en su fundo, conserva la propiedad de éste. Se dirá; ¿de qué les sirve este derecho puramente nominal, supuesto que todas las ventajas inherentes á la propiedad pertenecen al superficiario? El derecho no es tan ilusorio como se dice. En primer lugar, el propietario tiene el derecho de enagenar el predio, entendiéndose que desmembrado por el derecho de superficie. Pudiendo enagenar, puede también desmembrar, siempre respetando los derechos del superficiario. Luego puede hipotecar la heredad. Se pregunta si la hipoteca estribara sobre la superficie. Claro es que el propietario no puede hipotecar la superficie separadamente del predio; esto ni siquiera se comprende, puesto que la superficie separada del predio es mueble; y sólo se hipotecan las cosas inmobiliarias. Pero tampoco se concibe que el propietario hipoteque el fundo sin la superficie, puesto que uno y otra se confunden. Siempre hay que hacer la reserva de los derechos del superficiario. Este tiene derecho á demoler las construcciones que ha hecho ó que ha pagado; él conserva este derecho sin que el acreedor hipotecario pueda quejarse de que su derecho se disminuye,

426. La ley belga somete al enfiteuta á todas las imposiciones hechas sobre el fundo, y no contiene una disposición análoga respecto al superficiario. No obstante, él está obligado sin duda alguna, á las cargas anuales que pesan sobre la heredad. Poco importa que el superficiario no tenga ningún derecho en el predio; en efecto, es de regla que las contribuciones, aún la que se llama predial, gravan el goce del fundo y se pagan sobre los frutos. Por aplicación de este principio es por lo que el usufructuario y el enfiteuta deben soportar las cargas anuales, y por consiguiente, también el usufructuario. La extensión de esta obligación varía según los diversos derechos; como la superficie es casi idéntica con la enfiteusis, la analogía exige que el superficiario esté obligado como el enfiteuta más bien que como el usufructuario. Por la misma razón, debe decidirse que la retención que el legislador francés permite que el enfiteuta haga sobre el censo enfiteutico no puede hacerla el superficiario, porque la ley belga no ha mantenido este derecho en favor del enfiteuta. En una palabra, todo lo que hemos dicho de las cargas del enfiteuta debe aplicarse al superficiario (núms. 386-390).

CAPITULO IV.

Derechos y obligaciones del propietario.

427. El que establece un derecho de superficie en su fundo, conserva la propiedad de éste. Se dirá; ¿de qué les sirve este derecho puramente nominal, supuesto que todas las ventajas inherentes á la propiedad pertenecen al superficiario? El derecho no es tan ilusorio como se dice. En primer lugar, el propietario tiene el derecho de enagenar el predio, entendiéndose que desmembrado por el derecho de superficie. Pudiendo enagenar, puede también desmembrar, siempre respetando los derechos del superficiario. Luego puede hipotecar la heredad. Se pregunta si la hipoteca estribara sobre la superficie. Claro es que el propietario no puede hipotecar la superficie separadamente del predio; esto ni siquiera se comprende, puesto que la superficie separada del predio es mueble; y sólo se hipotecan las cosas inmobiliarias. Pero tampoco se concibe que el propietario hipoteque el fundo sin la superficie, puesto que uno y otra se confunden. Siempre hay que hacer la reserva de los derechos del superficiario. Este tiene derecho á demoler las construcciones que ha hecho ó que ha pagado; él conserva este derecho sin que el acreedor hipotecario pueda quejarse de que su derecho se disminuye,

porque él no ha recibido hipoteca sobre una propiedad desmembrada. De esto resulta que la heredad gravada con superficie puede ser hipotecada tanto por el propietario como por el superficiario. ¿No es esto contradictorio? No, porque lo mismo pasa cuando un fundo está gravado con usufructo ó con enfiteusis. En realidad, no es la heredad íntegra la hipotecada por dos personas, cosa inconcebible, sino que el propietario hipoteca un fundo desmembrado, es decir, que el acreedor hipotecario no tendrá derecho sobre este desmembramiento; luego nada impide que el superficiario hipoteque ese mismo desmembramiento.

El propietario tiene también las acciones reales; en derecho romano, se les llama directas. Es de sentirse que nuestro lenguaje jurídico no haya conservado esta expresión, porque marca muy bien que el superficiario, aunque disfrute de todo el emolumento de la cosa, no por esto tiene la verdadera propiedad. Pero si nuestras leyes no tienen el rigor del derecho romano, los principios, no obstante, son los mismos (1).

428. El propietario tiene también un derecho de goce. Por lo común, el derecho de superficie se establece en la forma de arrendamiento. Luego el propietario percibe una renta anual que sólo por el nombre difiere del inquilinato: en derecho romano se llamaba *solarium*; en derecho moderno, no tiene nombre especial, como tampoco la del enfiteuta. Existe un derecho exclusivo á las minas; como el superficiario sólo tiene derecho á la superficie, no puede reclamar nada de lo que se halla dentro del suelo. Conforme á esta distinción es como debe decidirse la cuestión del tesoro, que se agita á cada momento como si el mundo estuviese lleno de tesoros. Si el tesoro se halla en la superficie, el superficiario puede reclamar la parte que se atribuye

1 Donelli, "Commentarü," IX, 17, 10 (t. 5º, p. 409).

buye á la propiedad, porque debe aplicarse al superficiario lo que la ley belga dice del enfiteuta, y es que él ejerce todos los derechos inherentes á la propiedad de la superficie (núm. 377). Pero si el tesoro se descubre dentro del predio, entonces pertenece al propietario. Esto nos parece dudoso.

429. La ley calla acerca de las obligaciones y cargas del propietario. ¿Quiere decir esto que ninguna tenga? Cuando el derecho de superficie está establecido á título oneroso, y de hecho así pasa siempre, el propietario debe garantía al superficiario contra los trastornos y despojos. Esto es de derecho común, hay que aplicarlo á la superficie, como lo hemos aplicado á la enfiteusis. El tiene también ciertas cargas á las que está obligado el enfiteuta, á pesar del silencio de la ley, y por idénticas razones, el superficiario. Luego en este punto debe aplicarse lo que hemos dicho al tratar de la enfiteusis (núms. 394 y 395).



CAPITULO V.

EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

430. El derecho de superficie es un derecho temporal. No puede establecerse por un término que exceda de cincuenta años, según el art. 4 de la ley belga. Luego se extingue, lo mismo que el usufruto (art. 617), por espiración del plazo para el cual se otorgó. Como lo más á menudo se constituye por escritura de arrendamiento, nace la cuestión de saber si al espirar el arrendamiento hay lugar á la reconducción. La ley prevee la dificultad para el arrendamiento enfiteútico, y resuelve que la enfiteusis no se renueva tácitamente, sino que continúa existiendo hasta revocación. En razón de la gran dificultad que existe entre el derecho de superficie y la enfiteusis, se puede aplicar, á lo que creemos, esta disposición al arrendamiento superficial. La tácita reconducción no está en el espíritu de la ley cuando la duración del contrato excede en mucho la vida media del hombre; el texto mismo lo repele. En efecto, el art. 2 de la ley de 1824, después de haber dicho que el derecho no puede exceder de cincuenta años, agrega: "salvo la facultad de renovarlo." Preciso es pues, que se renueve, si tal es la voluntad de las partes, lo

que implica que deben celebrar un nuevo convenio, semejante al primero, es decir, expreso. En cuanto á la prolongación del arrendamiento hasta revocación, es de derecho, en el sentido de que se necesita aplicar al goce de hechos que continúa una regla cualquiera, y ésta es, naturalmente, la del arrendamiento primitivo.

431. Según los términos de la ley belga (art. 19, núm. 2), el derecho de superficie se extingue por la destrucción del fundo. ¿Entiende la ley por *fundo* la *superficie* ó el *suelo* sobre el cual existen los edificios? Como el superficial no tiene ningún derecho en el fundo, es más natural aplicar la ley á la cosa en la cual su derecho se ejerce, es decir á las construcciones. Esta es la doctrina de Doneau, la que expone con el admirable rigor que lo caracteriza (1). Vamos desde luego á escucharlo, y en seguida escucharemos las objeciones. El superficial no tiene más que un derecho en la superficie; luego hay que aplicarle *á fortiori* lo que el código, de acuerdo con el derecho romano, dice del usufructo: "Si sólo está establecido en un edificio, y éste queda destruido por un incendio ú otro accidente cualquiera, ó que se venga abajo por vetustez, el usufructuario no tendrá el derecho de disfrutar ni del suelo ni de los materiales." Esto es mucho más cierto del derecho de superficie que del usufructo, porque el usufructuario tiene un derecho en el suelo, mientras que el superficial ninguno tiene. Luego pereciendo la superficie, perece el derecho del superficial.

Síguese de aquí que el derecho de superficie no revive, aun cuando el propietario reconstruyese el edificio, así como el usufructo permanece extinguido aunque se reconstruyese el edificio. ¿Con qué título el superficial reclamaria el goce del nuevo edificio? ¿En virtud de su derecho en el suelo? El no tiene ninguno. ¿En virtud de

1 Donelli, "Commentarii" IX, 48, 4.8, (t. 5º, ps. 412 y siguientes).

su derecho en la superficie? Esta superficie ya no existe. Doneau va más lejos. Supone que el superficiario haya levantado el primer edificio y que quiera reconstruir; le niega, no obstante, todo derecho de goce en la nueva superficie. ¿En qué consiste ese derecho? En edificar en el fundo. El ha edificado, por lo que su derecho está consumado, y si el edificio perece, su derecho parece igualmente. Que no se objete que el superficiario ha alquilado el suelo, y que éste subsiste después de la destrucción de los edificios. Doneau contesta que el superficiario no alquila el suelo como tal, porque ningún derecho tiene en él: él lo alquila para que en él se edifique, es decir, en razón de la superficie; destruida ésta, su derecho no tiene ya razón de ser.

Doneau tenía en su contra la opinión de los glosadores. Los jurisconsultos modernos se han afiliado á la opinión de Bartolo. Nosotros creemos que debe distinguirse. Si el derecho de superficie se halla establecido en edificios existentes, perece con éstos y sin que pueda revivir. Acerca de este punto, nada hay que contestar á Doneau. Pero si el derecho se establece en edificios por construir, creemos nosotros que la destrucción de los edificios no extingue el derecho del superficiario. Las razones que Doneau alega son sutiles en demasía. El dice que el convenio no da al superficiario un derecho indefinido para edificar, porque sería un convenio sobre una cosa incierta, y por lo tanto, nulo. Según la sutileza del derecho, si conforme á la realidad de las cosas, nó puede decirse que sea incierto un convenio cuando yo estipulo el derecho de edificar en un predio determinado, en el sentido de que si se derrumba el primer edificio, tendré derecho á levantar un segundo, un tercero? El convenio no es incierto respecto de la primera construcción: ¿por qué había de serlo respecto á la segunda y á la tercera? Doneau

insiste y dice que la propiedad vendría á ser, en tal caso, un derecho ilusorio, puesto que el superficiario y sus co-interesados podrían edificar hasta la consumación de los siglos. La objeción sería seria y decisiva si el derecho del superficiario fuere perpetuo, pero ningún valor tiene ante la disposición de nuestra ley que limita la duración del derecho á cincuenta años. Hay además otra consideración á favor del superficiario, que nos parece preventoria. El que estipula el derecho de tener edificios en el suelo ajeno durante cincuenta años, ciertamente que entiende que disfrutará de su derecho por aquel plazo; y ¿de qué disfrutará si el edificio se destruye en el año primero del arrendamiento? Declarar extinto su derecho, cuando todavía podría disfrutar reconstruyendo, es violar la intención de las partes contrayentes; ahora bien, la primera regla de interpretación, la que predomina sobre todas las sutilezas del derecho, es que la voluntad de las partes tiene fuerza de ley; luego antes que todo debe consultarse la intención de aquéllas.

432. Existen causas de extinción que son de derecho y que bastaría con mencionar. El art. 9 de la ley belga, dice que el derecho de superficie se extingue, entre otras causas, por la confusión. Esto no es más que la aplicación de un principio elemental en materia de derechos reales; remitimos á las explicaciones dadas sobre el usufructo y las servidumbres (t. VII, núms. 57, 58, y este tomo núms. 299-303). El derecho de superficie se extingue, además, si lo ha constituido un propietario que tenía una propiedad anulable, resoluble ó revocable, en caso de anulación, de resolución ó de revocación, porque nadie puede conceder á terceras personas derechos que él mismo no tiene. Hemos expuesto en otro lugar (t. VI, núms. 104-113) los principios que rigen en esta materia. El mismo derecho de superficie puede establecerse con condi-

ción resolutoria, ó la escritura que lo constituye puede estar manchada con un vicio que lo vuelva anulable. De cualquiera suerte que sea, el derecho común será el que se aplique.

El derecho del superficiario puede, además, extinguirse si no cumple las obligaciones que el contrato le impone. En tal caso hay lugar á la condición resolutoria tácita. Si no paga la renta, el propietario puede pedir la resolución del contrato. Entonces se aplican los principios que exponemos en el título de las *Obligaciones* sobre la condición resolutoria tácita. Las partes pueden también convenir en que se resuelva el contrato si el superficiario no paga el precio estipulado. Esto es lo que se llama pacto comisorio; volveremos á tratar de este punto en el lugar propio de la materia. Del mismo modo, podría haber caducidad si el superficiario cometiese abusos de goce. Esto supone, naturalmente, que los edificios no han sido construidos ni pagados por el superficiario; porque entonces él tiene el derecho de abusar; si los edificios han sido construidos por el propietario y si el superficiario no los ha pagado, el superficiario debe disfrutar como buen padre de familia, lo que lo expone á una acción de caducidad cuando no cumple con esa obligación. Hay que aplicar aquí, por analogía, lo que la ley belga dice del enfiteuta. La ley se muestra indulgente para el enfiteuta; el superficiario puede prevalerse de la misma indulgencia, puesto que los dos contratos son casi idénticos.

433. Conforme á la ley belga (art. 9), el derecho de superficie se extingue, además, por la prescripción de treinta años. ¿Qué prescripción es ésta? ¿Es la falta de uso del derecho, ó es la prescripción adquisitiva, sea en provecho del propietario, sea en provecho de tercero? Conforme á los principios, la cuestión no sería dudosa. El derecho de superficie no es una servidumbre, el superficiario tiene un

cuasi-dominio; luego es lógico aplicarle los principios que rigen la propiedad, mejor que los que rigen las servidumbres; ahora bien, la propiedad no se pierde por la falta de uso; luego lo mismo debe suceder con sus desmembramientos, que las leyes y la doctrina asimilan con el derecho de propiedad. Nosotros hemos aplicado estos principios á la enfiteusis. Hay, sin embargo, un motivo serio para dudar, y es la redacción de la ley belga, que dice que el derecho de superficie se extingue por la prescripción de treinta años. ¿Es la prescripción extintiva? Podría creerse así, supuesto que se trata de la extinción de un derecho. Pero si se entiende la ley en este sentido, se la pone en contradicción con los principios que ella misma ha consagrado acerca de la extensión de los derechos del enfiteuta y del superficiario. Estos principios han sido consagrados por la corte de casación de Francia en materia de superficie (1). Se debe, pues, ver si hay medio de conciliar el texto de las leyes de 1824 con los principios. Existe una diferencia de redacción entre la ley belga y las disposiciones del código civil que tratan de la extinción de las servidumbres por la prescripción. El art. 617 dice que el usufructo se extingue por el *no uso del derecho durante treinta años*, y el art. 706 se expresa en términos idénticos al hablar de las servidumbres. Así es que el legislador francés no se sirve de la misma palabra prescripción. El legislador holandés ha conservado el lenguaje del código Napoleón (art. 754) al hablar de las servidumbres, y al tratar de la extinción del usufructo define la palabra prescripción de que se sirve, agregando: si el usufructuario no ha usado de su derecho durante treinta años (art. 854); mientras que al hablar de los derechos de superficie y de enfiteusis, emplea la expresión

1 Besançon, 12 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 1), y sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 32).

general de prescripción trentenaria (art. 765 y art. 9 de la ley de 1824). Luego puede decirse que la prescripción no es la falta de uso, sino que es la prescripción de derecho común, lo que permite mantener los principios generales.

Observación general.

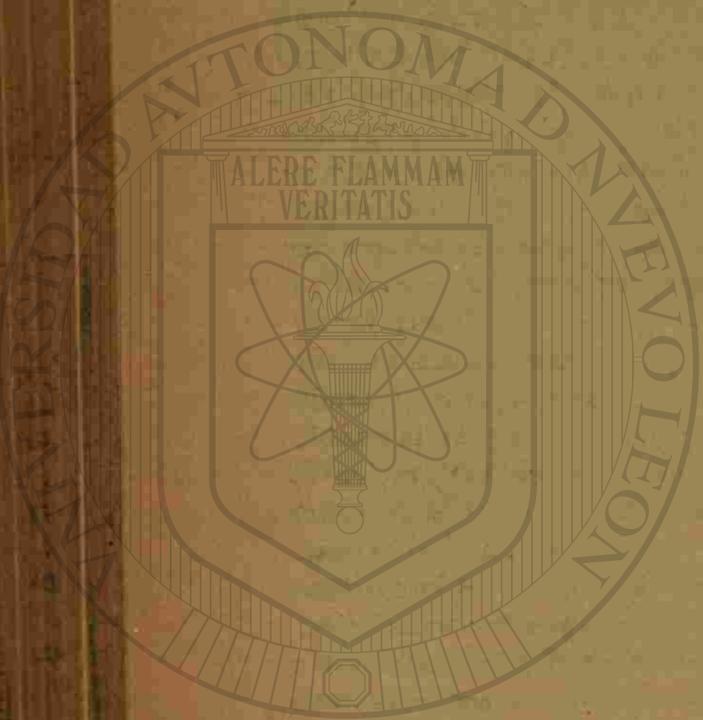
434. Los contratos de superficie, muy frecuentes en otro tiempo, han venido á ser muy raros. Por más que haya una ley belga sobre la materia, no hemos encontrado una sola sentencia en las compilaciones de jurisprudencia. En Francia se han presentado casos en que la propiedad está dividida, y de ello hemos dado algunos ejemplos (t. VI, núms. 85 y siguientes). Proudhon cita otros. El propietario de un fundo otorga al superficiario el derecho de cortar la madera que en aquél crezca, y se reserva para sí el derecho de ejercer el pasturaje. Con bastante frecuencia, dice Proudhon, se ven en las regiones montañosas mezclas de esta naturaleza: éstas son particiones en las cuales, sin ocuparse de la división del suelo, se atribuye exclusivamente á uno de los hermanos el derecho de cortar perpetuamente la madera que crezca en un prado-bosque, y al otro el de mandar pastar sus animales en toda época del año. Hay también algunas particiones en las cuales se cede la superficie á una persona y el suelo abandonado á otra (1). Veamos un ejemplo tomado de la jurisprudencia francesa; la escritura data de 1660. Una comuna vende un bosque llenando las formalidades prescriptas por las leyes de la época, y se reserva expresamente la propiedad del predio, así como el derecho de pasto; únicamente enagena el derecho de cortar á perpetuidad los árboles crecidos ó

1 Proudhon y Curasson, "De los derechos de uso," t. 1^o, ps. 386 y siguientes, núm. 369.

por crecer. La corte de casación resolvió que este derecho era un derecho de superficie (1).

No es ese el verdadero derecho de superficie, tal como el derecho romano lo conocía y tal como nuestra ley lo consagra. Pero esto no impide que tales contratos de venta ó de partición sean válidos. Sólo que puede preguntarse qué reglas se aplicarán. Habrá que proceder por analogía, recurriendo á los principios que rigen los derechos de superficie y de enfiteusis; entiéndase que siempre que la escritura guarde silencio, porque en todo caso deben consultarse las estipulaciones de las partes contrayentes. Esta regla de interpretación está en armonía con nuestras leyes. La de 1824 sobre el derecho de superficie permite que las partes deroguen las disposiciones que ella establece. No obstante, establece una excepción: la duración del contrato no puede exceder de cincuenta años. Nosotros hemos visto que el plazo es de ochenta y nueve años cuando se trata de una enfiteusis. Este punto es importante. Los contratos superficiarios, de los que encontramos ejemplos en los autores y en la jurisprudencia, todos están celebrados á perpetuidad. Nuestras leyes modernas ya no permiten contratos perpetuos que enagenen el goce total ó parcial de la cosa. ¿Qué valor tendrían, pues, los contratos hechos á perpetuidad? Remitimos á lo que antes hemos dicho con motivo de la enfiteusis.

1 Besançon, 12 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 1).



LIBRO III.

DE LAS DIFERENTES MANERAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Disposiciones generales.

435. Ordinariamente se comienza la explicación del libro III por una crítica de la clasificación que han adoptado los autores del código civil. Ciertamente es que dicha clasificación tiene algunos defectos. No obstante eso, nosotros la seguiremos, en primer lugar, por respeto á la ley, y en segundo lugar, porque no atribuimos mucha importancia á las tales críticas. El código no es un manual. Una cosa es la misión del legislador, y otra la de la enseñanza. Esto, sin embargo, no impide que el legislador siga un orden racional en sus disposiciones. Pero cuando se examina la pretendida clasificación racional que uno de nuestros mejores autores, Zachariæ, ha substituido por la de la ley, se reconcilia uno con los defectos que se reprochan al código Napoleón; mil veces preferimos el desorden del código al orden del jurisconsulto alemán. Y después de todo, poco importa el orden que se siga en una obra como la nuestra. Si se tratara de un manual destinado á la

enseñanza, la clasificación tendría mayor importancia. Y hasta es bueno no alterar demasiado el orden legal, á fin de que los estudiantes de derecho se acostumbren á manejar el código, en vez de limitarse al estudio de su manual ó de sus cuadernos. Esto basta para nuestra excusa.

436. Según los términos del art. 711, "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos ó testamentaria y por efecto de las obligaciones." El art. 712 agrega que "la propiedad se adquiere también por accesión ó incorporación, y por prescripción." Inútil es entrar aquí en explicaciones sobre los diversos modos de adquirir y de transmitir la propiedad que la ley enumera en los arts. 711 y 712, supuesto que son objeto de títulos particulares. Basta por de pronto hacer constar que es incompleta la enumeración. La ley no figura en ella, y sin embargo, hay casos en que se adquiere la propiedad en virtud de la ley, en que para nada intervenga la voluntad del hombre: tal es el usufructo que se llama legal, para marcar que tiene su principio en la ley: tal es la atribución que el art. 563 hace del antiguo lecho de un río, que abandona su curso á los propietarios por cuyos predios se abre aquél un nuevo cause. Se ha señalado, además, otro vacío. El código no menciona la tradición que hacía tan grande papel en el antiguo derecho. Toulier asienta como principio que la propiedad de los muebles se transmite por la tradición. Formulado de tal modo, el pretendido principio es un error, como lo probaremos en el título de las *Obligaciones*. Aplazamos estas y otras cuestiones para los diversos títulos en que se trata de la transmisión de los muebles.

437. Pothier coloca la *ocupación* en primera línea entre los modos de adquirir la propiedad. La define de la manera siguiente: "Es el título por el cual se adquiere el dominio de propiedad de una cosa que á nadie pertenece,

apoderándose de ella con el designio de adquirirla" (1). De dar oídos á uno de los autores del código Napoleón, la ocupación ya no existiría en derecho francés; al exponer los motivos del título de la *Propiedad*, Treilhard dice: "Habéis erigido en ley la máxima de que los bienes que no tienen dueño pertenecen á la nación; consecuencia necesaria de la abolición del derecho del ocupante advenedizo, derecho inadmisibile en una sociedad organizada." En efecto, parece que el texto excluye el derecho de ocupación. Pothier dice que se ejerce en las cosas que á nadie pertenecen. Ahora bien, en el art. 539 leemos que "*todos los bienes vacantes y sin dueño*" y los de las personas que fallecen sin herederos, ó cuyas sucesiones se abandonan, pertenecen al dominio público." Y el art. 713 repite que "los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado." ¿Qué sería, pues, lo que le quedase al ocupante advenedizo? Por esto el código no pronuncia esta frase. Claro es que no hay un solo caso en el cual un inmueble pueda adquirirse por la ocupación. En los casos prevenidos por los artículos 539 y 713, el Estado es propietario, lo que ya nos coloca fuera de la ocupación, la cual supone que las cosas que se ocupan á nadie pertenecen. Se dirá que si estos artículos excluyen la ocupación de los inmuebles, ellos excluyen igualmente la ocupación de los muebles, porque dichos artículos están concebidos en los términos más generales: *todos los bienes*, es decir, que tanto los muebles como los inmuebles, tienen un dueño; y por lo tanto, no puede tratarse de adquirirlos por derecho de ocupación.

A pesar de estos argumentos que parecen decisivos, la verdad es que el derecho de ocupación existe aun en derecho francés. En primer lugar, los trabajos preparatorios prueban que el legislador no ha pretendido abolir el de-

1 Pothier, "Tratado del dominio de propiedad," núm. 20.

recho de ocupación. El proyecto primitivo elaborado por la comisión lo rechazaba resueltamente. Decía el proyecto: "La ley civil no reconoce el derecho de simple ocupación. Los bienes que jamás han tenido dueño y los que están vacantes por haberlos abandonado sus propietarios, pertenecen á la nación; ninguno puede adquirirlos sino por una posesión suficiente para operar la prescripción." Esta disposición fué criticada por el tribunal de apelación de París: "No es de nuestra aprobación que se diga, de una manera tan incisiva y tan general, que la ley civil no reconoce el derecho de simple ocupación y que los bienes, que jamás han tenido dueño, pertenecen á la nación. Existen cosas que á nadie pertenecen y que los juristas llaman *res communes, res nullius*; ¿preténdese sustraer á los particulares la facultad de adquirir estas cosas para darlas exclusivamente á la nación? ¿Acaso el particular que va á extraer agua al río no adquiere el dominio del agua que ha extraído? ¿Las piedras, las conchas que se recogen en las playas del mar, no pertenecen al que las toma?" (1). Se dió la razón á esta crítica suprimiendo la disposición que abolía el derecho de ocupación. De hecho, el código, sin decir la palabra, consagra el derecho de ocupación en sus aplicaciones (arts. 714-717). Queda en pie, sin embargo, una cosa que parece singular: ¿por qué el código no coloca la ocupación entre los modos de adquirir la propiedad? El orador del Tribunado contesta á nuestra pregunta: "En cuanto á las cosas mobiliarias, aunque por su naturaleza sean, aun en el orden social, susceptibles de la ocupación y de la retención continua, la sociedad ha tenido también que arreglar la manera de adquirirlas. Por esto es que la *ocupación simple y propiamente dicha* no se menciona, ni aun respecto á aqué-

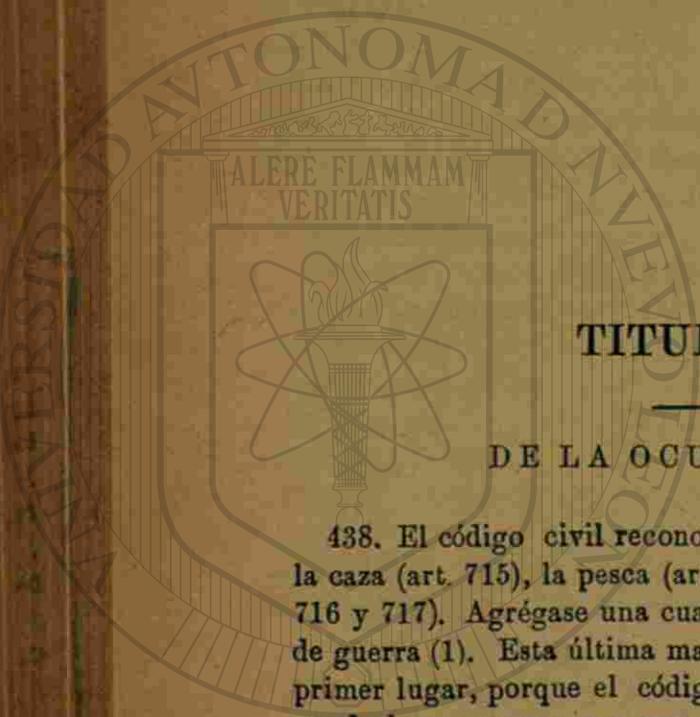
1 Fenet, "Trabajos preparatorios," t. 2^o, ps. 124 y 212. Compárese Toulier, II, 2, p. 3, núm. 5:

llas. El estado social no permite que la caza, la pesca, los tesoros, los efectos que el mar echa fuera, las cosas perdidas sean, como en el estado de la naturaleza, del primero que las ocupe. El uso de las facultades naturales, los favores del azar y la ventaja de la primacía no deben estar en contradicción con una propiedad preexistente y mejor fundada en derecho (1).

Se ve que este debate descansa en una especie de equivocación. Los juristas distinguidos que redactaron el proyecto del código civil sabían, evidentemente, lo que todo el mundo sabe, que se adquieren por ocupación las piezas de caza que uno mata y los peces que pesca. Por esto es que sólo niegan el derecho de simple ocupación, es decir, el hecho material de la aprehensión no reglamentada por la ley, tal como se practicaba en lo que Simeón llama el estado de naturaleza. Para desviar esta ocupación brutal es por lo que el código atribuye *todos* los bienes sin dueño al Estado. Pero el Estado permite que algunos de estos muebles se vuelvan propiedad del primero que los ocupa, con las condiciones determinadas por la ley. Así, pues, Zachariae tiene razón de enseñar, diga lo que dijere Demolombe, que la caza pertenece al Estado antes de que se vuelva propiedad del cazador. (2).

1 Simeón, "Discursos," núm. 4 (Loché, t. 5^o, p. 130).

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 1^o, ps. 353 y 419. Demolombe, t. 13, p. 22, núm. 18.



TITULO I.

DE LA OCUPACION.

438. El código civil reconoce tres clases de ocupación: la caza (art. 715), la pesca (art. 716) y la invención (arts. 716 y 717). Agrégase una cuarta, la ocupación del botín de guerra (1). Esta última manera la hemos anulado, en primer lugar, porque el código no habla de ella, y en segundo lugar, porque nos repugna tratar, á título de derecho, de un medio de adquirir la propiedad, que hallaría su lugar propio en el código de las bestias feroces. Nosotros no admitimos el derecho de conquista (2). Quien dice conquista dice fuerza bruta, y ésta y el derecho se excluyen. Por la misma razón repudiamos el derecho de botín, que es todavía más brutal. La conquista, al menos la sancionan los tratados consentidos por el vencido; mientras que el botín es la violencia en toda su desnudez.

1 Véase Durantou, t. 4º, p. 285, núms. 335-343.

2 Véanse nuestros "Estudios sobre la historia de la humanidad."

CAPITULO I.

DE LA CAZA.

439. Según los términos del art. 715, la facultad de cazar está reglamentada por leyes particulares. La última ley que se expidió en Francia es la de 3 de Mayo de 1841, y en Bélgica la de 26 de Febrero de 1846. Al remitir á las leyes especiales sobre la materia, el código marca suficientemente que esta legislación es extraña al derecho civil. Podrían objetarnos que la caza es un atributo de la propiedad. En efecto, las leyes que acabamos de citar establecen como principio que nadie tiene la facultad de cazar en la propiedad ajena sin el consentimiento del propietario. Pero hay que agregar que el ejercicio de este derecho está subordinado á ciertas condiciones y se relaciona con intereses que nada tienen de común con el derecho privado: la agricultura se interesa en esto tanto como el orden público. Así, pues, la materia entra en el derecho de policía, tomando la expresión en su más lata acepción, es decir, en el derecho administrativo. En cuanto al derecho privado, no trata de la caza sino bajo el punto de vista de la adquisición de las piezas por vía de ocupación. ¿Cómo es que el cazador se vuelve propietario de dichas piezas?

Las leyes especiales sobre la caza no se ocupan de esta cuestión, que es del dominio del derecho civil.

440. ¿Qué se entiende por piezas de caza? Pothier contesta que los animales salvajes, sean cuadrúpedos, sean volátiles, en tanto que se hallen *in laxitate naturali*, es decir viviendo en su estado de libertad natural. Lo que resulta de la noción misma de la ocupación, la cual supone bienes que á nadie pertenecen. Tales son los animales salvajes, que no puede decirse que pertenezcan al dueño del predio en donde se encuentran, porque él no los posee; al no pertenecer á ninguno, se vuelven propiedad del cazador que los mata. Síguese de aquí que la caza no se aplica á los animales que, aunque son de naturaleza selvática, viven en una especie de domesticidad. Tales son los pichones de los palomares; la ley los declara inmuebles, y por lo mismo, atribuye su propiedad al dueño del predio en el cual tienen la costumbre de permanecer. Por lo tanto, la caza no puede aplicarse á los pichones. Sin embargo, debe hacerse notar que los reglamentos locales determinan una época en que los pichones deben encerrarse en los palomares; si se contraviene á estos reglamentos, toda persona tiene derecho á matar los pichones que encuentre en su terreno. Aun cuando no hubiese reglamento, los pichones pueden matarse cuando causan daño á las sementeras ó á las cosechas (1). Existen aún otros animales que son á medias salvajes y á medias domésticos: las abejas. El propietario del predio en el cual viene á caer un enjambre de abejas tiene derecho á apoderarse de ellas, cuando el propietario no las persigue; cesarán entonces de ser una dependencia del predio en el cual estaban hasta ese momento, y recobran su naturaleza salvaje y su libertad

1 Ley de 4 de Agosto. 11 de Septiembre de 1789. Ley de los días 28 de Septiembre y 6 de Octubre de 1891, tit. II, art. 12, y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 235, nota 2.

natural; por consiguiente, pueden ellas ser objeto del derecho de ocupación (1).

441. ¿Cuándo las piezas de caza se vuelven propiedad del cazador? La cuestión es controvertida. No hay una ley sobre esto, pues á lo que debemos atenernos es á los principios que rigen la ocupación. El cazador adquiere la propiedad de las piezas de caza *de las que se apodera*, tal es la definición de Pothier. Pero ¿cuándo puede decirse que él se ha apoderado de aquéllas? El obliga á la caza á alejarse y la persigue; mientras que los perros siguen la caza, sobreviene otro cazador y la mata: ¿puede el primero reclamar? Barbeyrac contesta que basta que yo esté persiguiendo á un animal para que se me tenga, mientras dure la persecución, como el primer ocupante, en el sentido que á otro no se le permita que se apodere de ella por todo ese tiempo. Pothier dice que tal sentir lo aprueba el uso, y agrega que es más civil que el de los jurisconsultos romanos, los cuales exigen que la pieza de caza esté en poder del cazador. Pothier hace notar que la costumbre de los cazadores está conforme con un artículo de la antigua ley de los Sálícos (2). Existe un fallo de un juez de paz en este sentido (3). El magistrado invoca las costumbres de caza, ley de equidad que no necesita estar escrita para que se observe; es de uso constante y general considerar *en cierto modo* como propiedad del cazador las piezas que ha levantado, en tanto que él las corre y que sus perros no abandonan la persecución. Cierto es que, en el silencio de la ley, el juez es un ministro de equidad; los autores mis-

1 Ley de 28 de Septiembre. 6 de Octubre de 1891, tit. 1, sec. III, art. 5.

2 Título XXXV, art. 5. "Siquis aprum lassum quem alienicanes moverunt, occiderit y paraverit, D. C. denarios culpabilis judicatur." Pothier, "De la propiedad," núm. 26.

3 Tribunal de paz de Schirneeck (Vosgos), de 10 de Octubre de 1839 (Daloz, 1860, 3, 80). En sentido contrario, sentencia de segunda apelación, de 29 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 1, 449).

mos del código han proclamado esta máxima (1). Pero antes que todo, es preciso que los jueces consulten los principios de derecho tales como la tradición los ha establecido. La ocupación es una materia tradicional; la definición que de ella da Pothier, implica que la ocupación no existe sino cuando el que la invoca se *ha apoderado* de la cosa; ¿y puede decirse que el cazador se haya apoderado de la caza que ha levantado y que persigue? Todavía es dudoso que la alcance, dudoso si la herirá, dudoso que, aunque herido el animal se escape; ¿es esto una ocupación? Ciertamente que nó. A Barbeyrac le parece más civil, pero no dice que sea más jurídica. Nosotros avanzaremos más; si el legislador fuese llamado á decidir la dificultad, creemos que debía hacerlo en aquél sentido, porque debe tener en cuenta los usos y la equidad; y aun en derecho, puede decirse que el hecho de levantar la caza y perseguirla es el primer elemento de la ocupación. Sin duda que puede suceder que la ocupación no se consume, pero al menos un tercero no tiene el derecho de intervenir para impedir la matando la pieza, siendo que hay un principio de ocupación por otro cazador. Pero para hacer todas estas distinciones se necesitaría una ley; en el silencio de la ley el intérprete debe atenerse á los principios tradicionales, y éstos nos dicen que la caza no es propiedad del cazador, sino hasta que la tiene en su poder.

442. ¿Quiere decir esto que el cazador debe haber puesto mano en la pieza, para que pueda invocarse el derecho de ocupación? Pothier responde que para que á un cazador se le tenga por adueñado del animal y por haber adquirido su dominio, no se necesita precisamente que haya puesto mano en él; basta que, de cualquiera manera que sea, el animal haya estado en poder de aquél, de modo que no pueda escaparse. El principio es claro, pero su aplicación

1 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 256 y siguientes.

origina una nueva dificultad. Yo hiego al animal; ¿está desde entonces en mi poder? y si, mientras persigo al animal herido, otro cazador se apodera de él ¿tendré una acción contra él? Ya la cuestión se controvertía en derecho romano. Cujas lo resolvía negativamente: el animal herido no ha caído en poder del cazador, dice él, porque puede suceder que se escape; luego no hay ocupación. Pufendorf distingue: si la herida fuese considerable, y probable que el cazador hubiese alcanzado al animal, no es permitido que otro se apodere de él mientras lo persigue el cazador que lo ha herido; si la herida es ligera, el animal permanece en poder del primer ocupante (1). La jurisprudencia ha consagrado esta distinción que se desprende de noción misma de la ocupación. Se ha fallado que si la herida es ligera y no impide que el animal herido se escape, el cazador no tiene en él ningún derecho; de donde se sigue que, si el animal se refugia en una propiedad en donde el cazador no tiene el derecho de cazar, el dueño de ese terreno tiene derecho á matarlo. La decisión es jurídica, por más que sea poco conforme con los usos de la caza, la delicadeza está de acuerdo con los cazadores, pero no debe escucharse la equidad cuando esté en oposición con el derecho; y en el caso de que se trata, el rigor del derecho no deja duda alguna: no hay ocupación mientras el animal puede escaparse. El legislador es el único que podría y debería intervenir para prohibir á un tercero que se apoderase del animal herido, aun cuando lo matase en terreno que le perteneciera. En el silencio de la ley, el derecho estricto es el que debe predominar. Pero cuando el animal ha sido herido mortalmente, se halla en realidad bajo el poder del cazador, porque ya no puede escapársele; luego éste está seguro de *poner la mano*

1 Pothier, "De la propiedad," núm. 20. Pufendorf, "El Derecho natural y el de gentes," lib. V, cap. VI, núm. 10.

encima, según la expresión de Pothier. Se ha fallado en este sentido que un lobo mortalmente herido viene á ser propiedad del cazador que continúa persiguiéndolo; que, en consecuencia, el cazador que llega despúes fortuitamente y acaba por dar muerte al animal, debe restituirlo (1).

443. Queda una última dificultad. El cazador persigue la pieza que ha herido en una propiedad en donde no tiene el derecho de cazar; si se apodera de ella ¿adquirirá una propiedad? ¿ó pertenecerá el animal al dueño del terreno si es éste el que se apodera? Supónese naturalmente que no se había consumado la ocupación según los principios que acabamos de exponer. Cujas decide que el cazador no se vuelve propietario, y se funda en una ley romana que á lo que parece ha interpretado mal (2). No entramos en este debate, para no complicar una controversia de derecho francés con una controversia de derecho romano. Vinnius ha restablecido los verdaderos principios. ¿Qué es lo que hace el cazador que, contra la prohibición del propietario de la heredad, persigue en ella la caza? Viola el derecho de propiedad: por tal capítulo es responsable, y el propietario tiene contra él una acción de daños y perjuicios. En seguida mata al animal; ¿ha lesionado con esto un derecho del propietario? Este ningún derecho tiene en el animal que se encuentra en su terreno, si no es por la ocupación; ahora bien, él no es el que se ha apoderado del animal, sino el cazador, luego á éste pertenece por derecho de primer ocupante.

444. Conforme á estos principios es como debe decidirse la cuestión de saber si el propietario del terreno en el cual se refugia el animal perseguido, puede apoderarse

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 449).

2 Cujas observat., IV, 2. Buguet acerca de Pothier, "Del dominio de propiedad," núm. 24.

de éste por vía de ocupación. La circunstancia de que sea propietario del terreno no tiene ninguna influencia en la decisión de la cuestión. Como muy bien lo expresa Vinnius, las piezas de caza no cambian de naturaleza según los sitios en donde se encuentren. Dichas piezas á nadie pertenecen, hasta el instante en que alguno se apodera de ellas. Luego debe verse si la caza ha venido á ser propiedad del cazador que la persigue. Conforme á los principios que acabamos de establecer, el hecho de perseguir la caza, el hecho mismo de herirla ligeramente no es suficiente para dar su propiedad al cazador, se necesita que el animal esté herido mortalmente. Síguese de aquí que el propietario del terreno en donde el animal perseguido se refugia no puede apoderarse de él si está mortalmente herido, mientras que si tiene el derecho estricto de matarlo si únicamente es perseguido ó si está ligeramente herido. En dos palabras, el propietario permanece en el derecho común, el primer cazador advenedizo tiene el mismo derecho (1).

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 236, y notas 6 y 7. Demolombe, t. 13, página, 30, núm. 23.

pertenece el derecho de pesca está obligado á restituir el precio de lo pescado; lo que quiere decir que no adquiere su propiedad (1). Como en Bélgica no hay una ley especial, estamos bajo el imperio de los principios generales: ahora bien, en principio, no hay razón para establecer una diferencia entre los pescados y las piezas de caza. Luego debe aplicarse por analogía lo que acabamos de decir de la caza (núm. 443). En derecho francés hay una diferencia, pero que, bajo el punto de vista del derecho, no se explica.

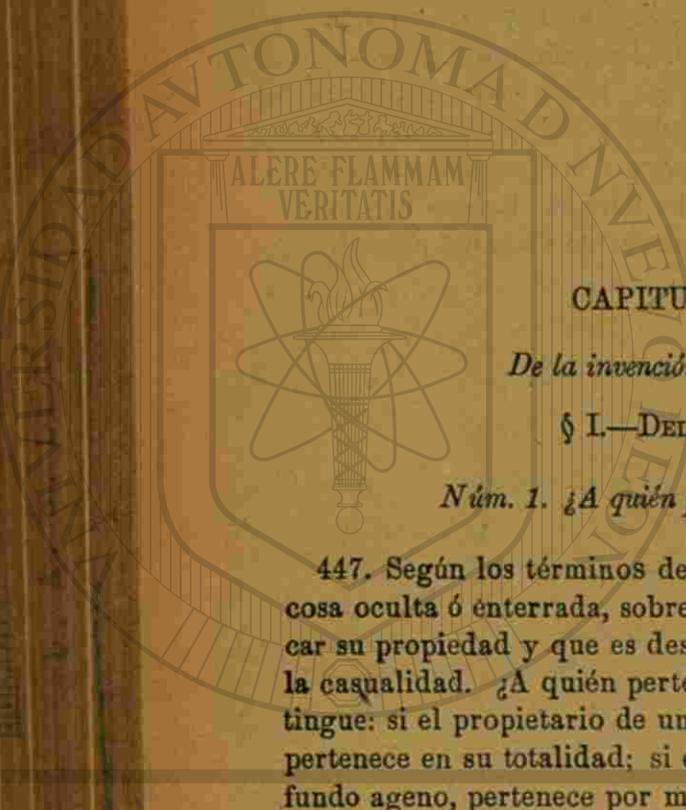
CAPITULO II.

DE LA PESCA.

445. La facultad de pescar está reglamentada por leyes particulares (art. 717). Distínguese la pesca marítima de la fluvial. Acerca de la marítima, hay en Francia un gran número de decretos y reglamentos, lo mismo que en Bélgica, y tantos que sería demasiado extenso enumerarlos; pueden verse en los índices de las colecciones de leyes. La pesca fluvial está reglamentada en Francia, por las leyes de 15 de Abril de 1829 y de 6 de Junio de 1840. En Bélgica, sólo hay reglamentos particulares; tal es el de 26 de Agosto de 1825 concerniente á la pesca en el Escaut. Esta materia, así como la de la caza, pertenece al derecho de policía en lo que concierne al derecho de pescar.

446. Los pescados que á nadie pertenecen son propiedad del primero que los ocupe. Por su misma naturaleza, la pesca no da lugar á las cuestiones que ofrece la caza. Sin embargo, una de aquellas dificultades se reproduce. Si yo pescó sin derecho en un río ¿el pescado se vuelve de mi propiedad? Conforme al derecho francés, debe contestarse negativamente. Según los términos de la ley de 1829 (art. 5), él que pesca sin permiso de la persona á quien

1 Demolombe, t. 13, p. 36, núm. 29.



CAPITULO III.

De la invención ó hallazgo.

§ I.—DEL TESORO.

Núm. 1. ¿A quién pertenece el tesoro?

447. Según los términos del art. 716, el tesoro es toda cosa oculta ó enterrada, sobre la cual nadie puede justificar su propiedad y que es descubierta por puro efecto de la casualidad. ¿A quién pertenece el tesoro? La ley distingue: si el propietario de un fundo se halla un tesoro, le pertenece en su totalidad; si el tesoro se encuentra en el fundo ageno, pertenece por mitad al que lo ha descubierto y en la otra mitad al propietario del predio. ¿Por qué la ley no atribuye en todos los casos el tesoro íntegro al descubridor? Trátase de la adquisición de la propiedad por derecho de ocupación, y el único que puede invocar el derecho de ocupación, es el descubridor, y puede, naturalmente, invocarla por el total. ¿Por qué, pues, la ley no le da más que la mitad del tesoro cuando lo descubre en predio ageno? Porque hay una diferencia entre el tesoro y las demás cosas que son objeto del derecho de ocupación; éstas realmente á nadie pertenecen, por esto el cazador ad-

quiere la propiedad de la caza, aun cuando se apodere de ella en terreno ageno, y á pesar del dueño. El tesoro pertenece al que lo ha ocultado ó enterrado; si se presenta el verdadero propietario y justifica su derecho, se le restituye el tesoro. O por mejor decir, no hay tesoro sino cuando nadie puede justificar su propiedad. Pero de que nadie pueda justificar su propiedad, no se infiere que no haya propietario; existe un dueño desconocido. Pues bien, el legislador tiene en cuenta los derechos de ese dueño desconocido; dícese que tal vez sea un antepasado del propietario actual del predio, el que escondió el tesoro; á esta presumible propiedad se le atribuye la mitad del tesoro. A penas puede decirse que la presunción se apoye en una probabilidad. Para que la cosa fuese probable, se necesitaría que los bienes se quedaran siempre en las mismas familias. En otros tiempos así sucedía, al menos para los propios, según lo diremos en el título de las *Sucesiones*, porque el espíritu del derecho francés es que los bienes se queden en las familias y que no salgan de ellas ni por sucesión, ni por donación, ni por testamento, ni aun por enagenación entre vivos. Pero ese no es ya el espíritu de nuestro derecho moderno, y los hechos han cambiado mucho más todavía que las leyes. Existe una extrema movilidad hasta en la misma propiedad inmobiliaria, por lo que muy rara vez acontece que el propietario actual sea un pariente del que guardó el tesoro. Se da, además, otra razón: el predio es el que ha guardado y conservado el tesoro, y en esto hay una especie de ventaja del predio mismo; háse venido á decir que el propietario adquiere, bajo ciertos respectos, el tesoro, por derecho de accesión (1). ¡Palabras y puras palabras! Las hemos citado para que nuestros alumnos conciban desprecio por ese género de argumentos.

448. Como la ley reparte el tesoro entre el propietario

¹ Demolombe, t. 13, p. 54, núm. 43.

y el descubridor, hay que determinar de una manera precisa quién es propietario y quién es descubridor. Se necesita ser propietario del predio para tener derecho á la parte del tesoro que la ley atribuye á la propiedad. Según este principio, habría que resolver que todos los que no son propietarios no tienen ningún derecho al tesoro; el código aplica este principio al usufructuario (art. 598); lo que prueba que no basta con tener un derecho real de goce para reclamar el tesoro. Sin embargo, las leyes especiales que rigen la enfiteusis y la superficie, han derogado el rigor de este principio. Remitimos á lo que antes hemos dicho (núms. 377 y 428).

Por aplicación de este principio, se ha fallado que el que compra una casa para demolerla y en ella se encuentra un tesoro en una pared, no adquiere la propiedad del tesoro, salvo la parte reservada al descubridor (1). La decisión es muy jurídica. En efecto, la venta de un edificio para que sea demolido, es una venta mobiliaria (2); el comprador no tiene derecho más que á los materiales, y ninguno al fondo; y el art. 716 dispone que la mitad del tesoro pertenece al propietario del predio, lo que es decisivo.

449. El inventor es el que encuentra el tesoro, es decir, como lo expresa el art. 716, el que descubre un tesoro en predio ajeno por puro efecto de la casualidad. Más adelante diremos que esta definición no se aplica al propietario que encuentra un tesoro en su propio fundo. En cuanto al tercer inventor ó descubridor, no tiene derecho al tesoro sino á título de dón de la fortuna. Siguese de aquí, dice Pothier, que si alguno hace, sin el consentimiento del propietario, excavaciones en un campo, para buscar un tesoro y que realmente encuentre uno, no tendrá en él

1 París, 26 de Diciembre de 1825 (Dalloz, "Propiedad," número 200).

2 Véase el t. 5º de estos "Principios," núm. 426.

parte ninguna (1). Esta es la decisión de una constitución imperial, y el código civil la consagra implícitamente al exigir que el tesoro haya sido descubierto por puro efecto de la casualidad. El legislador deroga en esto los principios que rigen la ocupación. Cuando una cosa á nadie pertenece, se vuelve propiedad del primero que la ocupa, sin que importe en dónde se apodere de ella: el que, á pesar del propietario, caza en su predio, no por esto deja de adquirir la propiedad de la caza. Si no pasa lo mismo con el tesoro, es porque no es *res nullius*, tiene un dueño, y la ley presume que lo sea el propietario del predio: no otorga una parte al descubridor sino porque la fortuna se lo ha deparado; fuera de esto, es superior el derecho del propietario.

450. Un jornalero, al derrumbar una casa, se encuentra una vasija que contiene piezas de oro del reinado de Felipe el Hermoso. El propietario negó al jornalero la parte que la ley atribuye al descubridor. Pretendió que el jornalero había trabajado á su nombre, por él y en su presencia, porque tenía razón para creer, por tradición de familia, que había dinero escondido en la casa que él mandaba derribar. La corte adjudicó la mitad del tesoro al jornalero (2). En efecto, la ley es formal, da la mitad del tesoro al descubridor, sin distinguir si el que lo descubre trabaja por su propia cuenta como poseedor ó arrendatario, ó si trabaja por cuenta ajena. Y ni había para qué distinguir. No podría decirse en el caso de que se trata, que al jornalero se le empleaba y pagaba para hallar un tesoro, por lo que el descubrimiento de la vasija era un hecho extraño á su trabajo, es decir, un hallazgo ó invención en el sentido legal, un descubrimiento

1 Pothier, "De la propiedad," núm. 65. L. un. C. "De thesauris" (X, 15).

2 Bruselas, 15 de Marzo de 1810 (Dalloz, "Propiedad," núm. 205).

debido á la fortuna. Si los trabajos se hicieren con el fin de descubrir un tesoro, si tal fuere, al menos en parte el objeto de las excavaciones emprendidas por un propietario, si aquellas se hiciesen á indicaciones suyas, se debería atribuir el tesoro al dueño del predio. La corte de Orleans así lo ha fallado, y con razón. Erase el caso que el propietario había encontrado ya algunas piezas de oro y de plata escondidas en su casa; él buscaba literalmente un tesoro, por más que los trabajos no se emprendieran con aquél único fin. Ahora bien, desde el momento en que se busca un tesoro, deja de haberlo, ya no hay descubrimiento obtenido por mera casualidad. Por lo mismo, las cosas que uno encuentra deben pertenecer al propietario del fundo (1). En otro caso se falló, al contrario, que la mitad del tesoro pertenecería al jornalero, por más que el propietario pretendiera haberle recomendado que fijase su atención en las cosas preciosas que pudiera encontrarse. Pero esta alegación no estaba probada. Nada comprobaba, pues, que se hubiese buscado un tesoro: éste es el hecho decisivo (2). Desde el momento en que no se busca un tesoro, la fortuna lo otorga al descubridor.

451. ¿Se necesita que el descubridor ponga materialmente la mano en la cosa para adquirir su propiedad? Este es ciertamente el principio general en materia de ocupación, y ya vimos las dificultades que ofrece en materia de caza. La ley deroga ese principio cuando se trata de un tesoro; ella dice y lo repite, que una parte del tesoro pertenece al que lo encuentra, al que lo descubre; así es que á la invención atribuye dicha parte y no á la ocupación propiamente dicha, y esto es muy lógico. Una cosa estaba enterrada hacía algunos siglos; estaba perdida para su dueño, perdida para la sociedad; la casualidad

1 Orleans, 10 de Febrero de 1842, (Daloz, "Propiedad," núm. 203).
2 Rouen, 3 de Enero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 117).

hace que se descubra; hé allí el dón de la fortuna; á quien ella favorece es al que el tesoro debe pertenecer. Este principio sirve para ventilar un conflicto que puede ofrecerse con bastante frecuencia. Por lo común, los trabajadores son los que descubren los tesoros. ¿Pero qué debe resolverse cuando varios de ellos se emplean en hacer los derrumbes? Unos excavan, otros transportan la tierra; uno de los primeros descubre un tesoro. Todos ellos reclaman su parte. La corte de Angers ha fallado muy bien que desde luego había que hacer á un lado las pretensiones de los que acarreaban tierra. En vano decían ellos que estaban asociados y que el tesoro era un beneficio común que debía repartirse entre todos; asociados lo estaban, pero para el derrumbe y no para el descubrimiento del tesoro; extraños al descubrimiento, aquellos trabajadores no podían reclamar parte ninguna en el dón que la fortuna otorgaba al descubridor. Quedaban los obreros azadoneros. Entre éstos la fortuna había hecho también su elección: á aquél que por un golpe de su herramienta había revelado el tesoro, era al que pertenecía la parte que constituye el dón de la fortuna (1).

452. Sucede á veces que el descubridor oculta su hallazgo, con objeto de apropiarse la porción del tesoro que la ley atribuye al propietario. Una cosa sí es clara, y es que el que se encuentra un tesoro en el fundo ajeno está obligado á entregar la mitad al dueño del predio. En efecto, él no tiene derecho á apropiarse lo que encuentra sino á título de tesoro, y él sabe que éste debe repartirse entre él y el propietario; luego está obligado á convocarlo para la repartición. Pero ¿si no lo hace así? Que el propietario tenga contra él una acción para reclamar la mitad del tesoro, no tiene duda; pero ¿cuál es la duración de esta acción? Se ha pretendido que nace de un delito, y

1 Angers, 25 de Mayo de 1849, (Daloz, 1849, 2, 169).

que, en consecuencia, prescribe por el lapso de tres años. Esto no es exacto. Puede haber delito: si el que encuentra un tesoro lo oculta con la intención de apropiárselo en su totalidad, comete un robo (1). ¿Quiere decir esto que la acción del propietario en reclamación de la mitad del tesoro nazca de un delito? Nó, ella tiene un principio en el descubrimiento del tesoro, y en la obligación que contrae el descubridor respecto de aquél; luego es una acción civil ordinaria que dura treinta años (2). Se pregunta si el descubridor, culpable del robo, no debe ser privado de su parte en el tesoro. La negativa es evidente; esto sería una pena, y no la hay sin ley; ahora bien, ninguna ley priva al descubridor de lo que le pertenece. Si ha cometido un delito, que se le castigue. Si ha causado un daño al propietario, éste tendrá una acción de daños y perjuicios. No se puede ir más lejos sin violar el derecho de propiedad (3).

Núm. 2. ¿Cuándo hay tesoro?

453. Según los términos del art. 716, el tesoro es toda cosa *escondida ó enterrada*; debe agregarse con la primera parte del artículo: *en un fundo*. Síguese de aquí que si la cosa no está escondida ni enterrada, si se encuentra á descubierto sobre el suelo, no es un tesoro; por consiguiente, no hay lugar á hacer la repartición entre el descubridor y el propietario del terreno. Es una cosa perdida; deben aplicársele, en consecuencia, los principios que rigen las cosas perdidas, los cuales expondremos más adelante. Resulta, además, del texto del art. 716, que una cosa hallada en un mueble, no es un tesoro. Enseñase, sin embargo, lo

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 37, y las autoridades que ellos citan.

2 Angers, 15 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 36).

3 Aix, 17 de Mayo de 1859 (Daloz, 1859, 2, 114).

contrario, apoyándose en la palabra *escondido*, que es general y se aplica á un mueble tanto como á un inmueble (1). Pero no hay que aislar la segunda parte del art. 716 de la primera; la ley exige que la cosa escondida haya sido encontrada en un fundo, lo que ciertamente quiere decir que debe haberse escondido en aquel fundo; y ¿acaso un mueble es un fundo? Pero si la cosa escondida en un mueble no es un tesoro ¿que será, pues, y á quién pertenecerá? Será una cosa hallada, y se le aplicarán las reglas sobre las cosas extraviadas.

454. El art. 717 dice que *toda cosa escondida ó enterrada es un tesoro*. Así es que poco importa la naturaleza de la cosa; no hay que distinguir si es más ó menos preciosa. Ciñéndose á la letra de la ley, aun habría que aplicarla á las viejas tumbas que se descubriesen en un terreno. Nosotros preferimos la interpretación que la corte de Burdeos ha dado al código, por más que no aprobemos sus motivos. Ella parte del principio de que el tesoro no puede comprender más que las cosas que tienen un valor comercial, y que el poseedor esconde para asegurar su conservación. Es evidente que los cadáveres no pueden considerarse como un tesoro; pero el mismo sepulcro y la cosa preciosa que encierra tienen ciertamente un valor comercial. Puede decirse que después de algunos siglos nada queda de los despojos mortales del hombre, y que, por consiguiente, ya no hay más que cosas mobiliarias que entran en la aplicación de la ley que dice: *toda cosa*. Nosotros contestamos que la tumba es, por su esencia, una cosa sustraída al comercio, supuesto que se le destina á permanecer enterrada. Es la intención de los que depositan un féretro dentro del suelo, que en él queda á perpetuidad; luego se confunde con el suelo, y por consiguiente, se transmite con él. El tesoro, al contrario, se coloca

1 Demolombe, t. 13, p. 42, núm. 34, y los autores que él cita.

en el fundo á título de depósito temporal para extraerlo de allí. Luego es imposible que una tumba se considere como un tesoro (1).

455. ¿Es preciso que el depósito sea antiguo? El derecho romano así lo exigía (2). Se ha sostenido que el código civil reproduce implícitamente esta doctrina, por más que no repita la palabra. En efecto, se dice, el código exige que nadie pueda justificar su propiedad, lo que ciertamente no tiene lugar cuando el depósito es moderno. La corte de Burdeos, al admitir esta interpretación, ha resuelto que no se podría dar el nombre de tesoro á algunas piezas de oro de efigie reciente (3). Esto es demasiado absoluto. En derecho existe el mismo error, porque se aumenta el texto de la ley. El legislador francés tenía á la vista la definición romana y no ha reproducido la expresión del depósito antiguo, y nosotros no podemos exigir lo que la ley no prescribe. Sin duda que si las piezas de moneda son de fecha reciente, comunmente será fácil justificar la propiedad al que las deposita. Pero supongamos que no pueda hacerlo, entonces se vuelve á los términos de la ley, y por consiguiente, hay que atribuir la cosa al descubridor y al propietario del fundo. La cuestión de la antigüedad del depósito es pues, una dificultad de hecho más bien que de derecho. Encuéntrase en una casa algunas coronas de Francia con el cuño de 1786; se establece que la casa no ha cesado de estar habitada por el que siendo propietario antes de 1786, debió necesariamente hacer aquel depósito, para su viuda y para sus hijos; la corte de Bruselas ha fallado muy bien

1 "Vetus quedam depositio." h. 31, D., de acquir. rer. dom.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1827 (Daloz, "Propiedad," número 192, 2°).

3 Burdeos, 6 de Agosto de 1806 (Daloz, "Propiedad," núm. 189). En sentido contrario, Demolombe, t. 13, p. 44, núm. 31, y las autoridades que cita.

que aquello no era un tesoro, en el sentido de que las circunstancias demostraban que el dinero escondido pertenecía á la familia del que había hecho el depósito (1).

456. El art. 716 exige para que haya tesoro que nadie pueda justificar su propiedad. Este principio es de toda evidencia. El tesoro no es una cosa sin dueño; existe un propietario, y éste es el que tuvo cuidado de esconder la cosa y sus herederos. Por no mostrarse el verdadero propietario es por lo que la ley atribuye la cosa á título de tesoro al descubridor. Luego si él reclama su cosa, ya la cuestión no puede ser de tesoro. Si al hacerse el descubrimiento, nadie se presenta para reivindicar la cosa hallada, se atribuirá al descubridor, y si hay lugar, al propietario del predio. ¿Es definitiva esta atribución? Ciertamente que no. El propietario tiene una acción contra los que se han apoderado de su cosa. En efecto, ¿cuál es el título de éstos? La ocupación, fundada en que la cosa es un tesoro, es decir, que no se sabe á quién pertenece. Y tal título desaparece desde el momento en que el verdadero propietario reclama. ¿Cuál será la duración de la acción que pertenece al propietario? El puede promover durante treinta años contra los que se hallaron la cosa, al hallarla contraen la obligación de devolverla al propietario; luego éste tiene contra aquéllos una acción personal, es decir, una acción que dura treinta años. Esto contesta de antemano á la objeción que los poseedores de la cosa pudieran oponer al propietario, invocando la máxima de que en materia de muebles, la posesión equivale á título. El propietario no reivindicar, sino que procede contra los poseedores en virtud de una acción personal; y la máxima del art. 2279 no puede oponerse ó la acción nacida de una

1 Bruselas, 4 de Abril de 1823 (Daloz, "Propiedad," núm. 192, 1°) Compárese Aubry y Rau, t. 2°, p. 240, nota 29, y los autores que citan.

obligación. Si la cosa estuviese en manos de un tercer adquirente, habría lugar á aplicar la disposición del artículo 2279 concerniente á las cosas halladas, que explicaremos más adelante (1).

Queda por averiguar de qué manera el actor justificará su propiedad. Si quien reclama es un heredero de el que hizo el depósito, podrá, sin duda alguna, invocar la prueba testimonial, y por consiguiente, las presunciones que la ley abandona á la prudencia del magistrado. En efecto, la prueba testimonial se admite indefinidamente para establecer los hechos puros y sencillos, los hechos que por sí mismos no engendran ni derecho ni obligación; ahora bien, el hecho de depositar algunas piezas de moneda en un fundo no engendra vinculo ninguno entre el que deposita y los terceros; es, pues, un hecho material que podrá probarse por medio de testigos. El mismo que hace el depósito podría invocar este principio; con mayor razón sus herederos pueden prevalerse de él; ellos están en la posición del acreedor que no ha podido procurarse una prueba lietal de la obligación contraída con él (art. 1348) (2). Y cuando la prueba testimonial es admisible, lo son también las presunciones (art. 1353).

457. Según los términos del art. 716, la cosa que no se descubre por puro efecto de la casualidad no es un tesoro. Nosotros hemos hecho la aplicación al caso en que un tercero hiciese excavaciones en un fundo que no le pertenece para buscar en él un tesoro (núm. 449). Por más que la ley no distinga entre el propietario y los terceros, todos admiten que el propietario es libre para hacer en su fundo las excavaciones que tenga por convenientes. Esto

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 39. Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 33 bis.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1827, y Amiens, 19 de Enero de 1826. (Dalloz, "Propiedad," núm. 194 y 195). Compárese Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 39; Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 38.

es de toda evidencia, puesto que es el ejercicio del derecho de propiedad. Pero si el propietario busca un tesoro y si tropieza con uno ¿la cosa se volverá su propiedad á título de tesoro? Según el texto del art. 716, debe contestarse negativamente; porque la misma definición del tesoro exige que la cosa haya sido descubierta por puro efecto de la casualidad. Es de la esencia del tesoro que sea un dón de la fortuna; el que busca un tesoro y lo encuentra, nada debe á la casualidad, luego no es un tesoro. ¿A quién perteneciera la cosa así buscada y hallada? Será propiedad del que la ha buscado, si nadie se presenta para reclamarla. ¿Pero con qué título? No es una cosa perdida, dícese, supuesto que estaba enterrada y escondida. No es un tesoro, supuesto que no es un dón de la fortuna. Sólo queda un título, el de la accesión; pero ¿puede decirse que unas piezas de moneda sean dependencia del suelo? Nosotros preferiríamos aplicar por analogía los principios que rigen las cosas perdidas. No se requiere, para que haya cosa perdida, que la cosa esté en la superficie del suelo, no se requiere que sea hallada por casualidad; luego aquello es una cosa encontrada. Más adelante veremos á quién pertenecen las cosas perdidas (1).

§ II.—DE LAS COSAS QUE NO TIENEN DUEÑO.

458. Cítanse en primer lugar, entre las cosas que no tienen dueño y que, por consiguiente, pertenecen al primero que las ocupa, las conchas y las piedras que se encuentran en las playas del mar y á orillas de los ríos. Claro es que si sólo se consulta el hecho, nada parece más evidente. ¿Quién de nosotros no ha recogido del suelo una concha ó un guijarro? Y al recogerlos, hemos venido á ser propietarios. Esta es realmente la ocupación en toda su sencillez.

1 En sentido coctrario, Demolombe, t. 13, p. 50, núm. 41.

obligación. Si la cosa estuviese en manos de un tercer adquirente, habría lugar á aplicar la disposición del artículo 2279 concerniente á las cosas halladas, que explicaremos más adelante (1).

Queda por averiguar de qué manera el actor justificará su propiedad. Si quien reclama es un heredero de el que hizo el depósito, podrá, sin duda alguna, invocar la prueba testimonial, y por consiguiente, las presunciones que la ley abandona á la prudencia del magistrado. En efecto, la prueba testimonial se admite indefinidamente para establecer los hechos puros y sencillos, los hechos que por sí mismos no engendran ni derecho ni obligación; ahora bien, el hecho de depositar algunas piezas de moneda en un fundo no engendra vinculo ninguno entre el que deposita y los terceros; es, pues, un hecho material que podrá probarse por medio de testigos. El mismo que hace el depósito podría invocar este principio; con mayor razón sus herederos pueden prevalerse de él; ellos están en la posición del acreedor que no ha podido procurarse una prueba lietal de la obligación contraída con él (art. 1348) (2). Y cuando la prueba testimonial es admisible, lo son también las presunciones (art. 1353).

457. Según los términos del art. 716, la cosa que no se descubre por puro efecto de la casualidad no es un tesoro. Nosotros hemos hecho la aplicación al caso en que un tercero hiciese excavaciones en un fundo que no le pertenece para buscar en él un tesoro (núm. 449). Por más que la ley no distinga entre el propietario y los terceros, todos admiten que el propietario es libre para hacer en su fundo las excavaciones que tenga por convenientes. Esto

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 39. Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 33 bis.

2 Burdeos, 22 de Febrero de 1827, y Amiens, 19 de Enero de 1826. (Dalloz, "Propiedad," núm. 194 y 195). Compárese Demolombe, t. 13, p. 47, núm. 39; Aubry y Rau, t. 2º, p. 242 y nota 38.

es de toda evidencia, puesto que es el ejercicio del derecho de propiedad. Pero si el propietario busca un tesoro y si tropieza con uno ¿la cosa se volverá su propiedad á título de tesoro? Según el texto del art. 716, debe contestarse negativamente; porque la misma definición del tesoro exige que la cosa haya sido descubierta por puro efecto de la casualidad. Es de la esencia del tesoro que sea un dón de la fortuna; el que busca un tesoro y lo encuentra, nada debe á la casualidad, luego no es un tesoro. ¿A quién perteneciera la cosa así buscada y hallada? Será propiedad del que la ha buscado, si nadie se presenta para reclamarla. ¿Pero con qué título? No es una cosa perdida, dícese, supuesto que estaba enterrada y escondida. No es un tesoro, supuesto que no es un dón de la fortuna. Sólo queda un título, el de la accesión; pero ¿puede decirse que unas piezas de moneda sean dependencia del suelo? Nosotros preferiríamos aplicar por analogía los principios que rigen las cosas perdidas. No se requiere, para que haya cosa perdida, que la cosa esté en la superficie del suelo, no se requiere que sea hallada por casualidad; luego aquello es una cosa encontrada. Más adelante veremos á quién pertenecen las cosas perdidas (1).

§ II.—DE LAS COSAS QUE NO TIENEN DUEÑO.

458. Cítanse en primer lugar, entre las cosas que no tienen dueño y que, por consiguiente, pertenecen al primero que las ocupa, las conchas y las piedras que se encuentran en las playas del mar y á orillas de los ríos. Claro es que si sólo se consulta el hecho, nada parece más evidente. ¿Quién de nosotros no ha recogido del suelo una concha ó un guijarro? Y al recogerlos, hemos venido á ser propietarios. Esta es realmente la ocupación en toda su sencillez.

1 En sentido coctrario, Demolombe, t. 13, p. 50, núm. 41.

Sí, pero esta toma de posesión tan natural, es al mismo tiempo una imagen de la incertidumbre del derecho. La ocupación ya no es un puro hecho bajo el imperio de nuestro código; preciso es que encuentre su justificación en un texto de ley. ¿Y en dónde está la ley que autorice al primer advenedizo para apoderarse de las conchas y de las piedras que se encuentran en las riberas del mar y de los ríos? No hay una ley posterior al código. Los autores que por un instante se ocupan de esta materia tan elemental, invocan el derecho romano. En efecto, Pothier enseña, conforme á una ley del Digesto, que habiendo permanecido estas cosas en el estado de comunidad negativa, es decir, no perteneciendo á nadie, cada cual tiene el derecho de adquirirlas en propiedad reconociéndolas; el jurisconsulto romano dice que eso es de derecho natural (1). Los autores modernos que citan el derecho romano, invocan, pues, el derecho natural y lo que Pothier llama la comunidad negativa; ellos olvidan que bajo el imperio de nuestra legislación positiva, ya no hay derecho natural; en cuanto á la comunidad negativa, tampoco existe, porque los arts. 539 y 713 atribuyen al Estado la propiedad de todos los bienes que no tienen dueño. Luego las conchas pertenecen al Estado, y necesitamos una ley que permita que los particulares se apoderen de esta parte del dominio público. ¿Existe una ley anterior al código civil? Respecto á Bélgica, no conocemos otra que un edicto de 1547 para los Estados flamencos, es decir, una ley que sólo tiene una autoridad local, supuesto que no se publicó en las demás provincias. Y aun cuando fuese una ley general, no por eso estaríamos más adelantados. En efecto, los edictos y ordenanzas anteriores al código Napoleón, están tan abrogados como el derecho romano; para que estén vigentes,

1 L. 3, D., "de rer. divis." (I, 8). Pothier, "De la propiedad," número 53. Demolombe, t. 13, p. 73, núm. 56.

se necesita que el código los mantega remitiendo á ellas; y el código guarda silencio sobre las conchas y las piedras más ó menos preciosas que uno se encuentra en las orillas del mar y de los ríos. No queda más ley que los arts. 539 y 713, según los cuales dichas cosas son propiedad del Estado. Así, pues, la ocupación se ejerce con la autorización tácita del Estado. Queda por averiguar si el Estado tiene el derecho de abdicar su propiedad, y la negativa es evidente. En definitiva, hay un vacío en nuestra legislación, de lo que resulta que en derecho estricto la ocupación que los romanos declaraban de derecho natural, se ha convertido en una usurpación, y en una sociedad bien organizada no debe haber usurpación. Nuestra conclusión es una apelación al legislador para que llene los vacíos que existen en el código.

459. En Bélgica, sobre todo, son numerosos estos vacíos. En el antiguo régimen casi no había reglas generales aplicables á todas las provincias. Después de la reunión con la Francia, se publicó un gran número de antiguas leyes francesas, pero la publicación no se hizo sino á medida que ocurrían las necesidades prácticas. Así es como se conformaron con publicar parcialmente la ordenanza de 1681, que prevee diversos casos de ocupación. Pero precisamente tales disposiciones no se publicaron en Bélgica. Hé ahí por qué carecemos de ley sobre lo que se llama despojos marítimos.

El art. 717 dice que los derechos sobre las plantas y yerbas que crecen á orillas del mar están regidas por leyes particulares. En Francia se sigue la ordenanza de 1681, y hay, además, algunos decretos de reciente fecha. La ordenanza marítima, según acabamos de decirlo, no se publicó en Bélgica; existe, cierto es, un acuerdo de 18 termidor, año X, que autoriza á los prefectos para que determinen por medio de reglamentos *conformes á las leyes*, todo

lo concerniente á las plantas ó yerbas llamadas *varech*. Esto supone que hay leyes, y las antiguas francesas no han llegado á ser obligatorias en Bélgica sino por su publicación; luego no es posible prevalerse de las disposiciones de la ordenanza de 1681, las cuales no han sido publicadas. Por lo tanto, estamos sin ley. Pasa lo mismo con todo lo que el mar cria, como ámbar, coral, peces y otros semejantes; la ordenanza establece (lib. IV, tít. IX, art. 29) que estas cosas y otras análogas, se les queden á los que las hayan sacado del fondo del mar ó pescado sobre las olas; si las han encontrado en las arenas, sólo tendrán una tercera parte, y las otras dos se repartirán entre el dominio y el almirante (1). En ausencia de leyes ¿qué se hace? Se practica el derecho de ocupación como si existiese siempre con la misma extinción que tenía cuando no había leyes. Este es un nuevo vacío que señalamos á la atención del legislador.

460. Entre las cosas que á nadie pertenecen se encuentran, además, aquéllas cuyo propietario ha abdicado la propiedad; ellas dejan de tener dueño; luego el que se apodera de ellas, dice Pothier, adquiere su propiedad por la ocupación (2). Luego, decimos nosotros, pertenecen al Estado, en virtud de los arts. 539 y 713; se necesitaría una ley que las atribuyese al primero que las ocupase. Respecto á leyes, no conocemos otras que las romanas invocadas por Pothier. Ahora bien, el derecho romano está abrogado y el código no lo mantiene en lo concerniente á las cosas abandonadas, y ni siquiera pronuncia esta expresión. El art. 717 prevee, únicamente el caso de efectos arrojados al mar ó de objetos que el mar desecha, de cualquiera naturaleza que puedan ser; el artículo dice

1 Duranton, t. 4º, p. 262, núms. 305 y 306. Demolombe, t. 13, página 74, núms. 57 y 58.

2 Pothier, "De la Propiedad," núm. 60. L. 2, D., "proderel." (XLI, 7).

que el derecho sobre estas cosas está regido por leyes particulares. En Francia se tiene la ordenanza de 1681, la cual no se publicó en Bélgica. ¿Existen leyes belgas anteriores al código? La cuestión se ha presentado ante el tribunal de Bruselas. La tripulación de una chalupa de pesca del puerto de Auvers se encontró en el Mar del Norte una cantidad de sebo y de grasa, que vendió en Flessingue por un precio de cinco mil francos sobre poco más ó menos. De vuelta á Auvers, los pescadores fueron amenazados con persecuciones por capítulo de robo; ellos pusieron el juicio en manos del comisario marítimo, quien lo depositó en manos del receptor de los dominios. Como los antiguos propietarios no interpusieron ninguna reclamación, los pescadores pidieron la restitución de los cinco mil francos depositados por ellos. El Estado se negó á restituirlos. Como depositario, el Estado debía devolver la cosa depositada al deponente, á menos que él mismo tuviera derecho en ello á título de propietario. De aquí la cuestión de saber: ¿existe una ley que atribuya al Estado los efectos echados al mar y encontrados en alta mar? El artículo 717, al decir que los derechos sobre estas cosas se rigen por leyes particulares, decide por esto mismo que no pertenecen al Estado. Porque el Estado no puede inocular los arts. 539 y 713, que suponen que los bienes reclamados por él se hallan en el territorio belga; ahora bien, en el presente caso, constaba que los efectos habían sido recogidos en alta mar. Era, pues, preciso una ley que atribuyese su propiedad al Estado. Se va á ver el embarazo de los jueces en esta materia. El Estado invocó la ordenanza francesa de 1681; el tribunal resolvió que las disposiciones de la ordenanza, relativas á los despojos marítimos, al no haberse publicado en Bélgica, no tenían en ella ninguna fuerza obligatoria. El Estado citó el edicto de 1476, el cual era especial para Holanda y Zelanda;

luego no tenía aplicación en Bélgica. En cuanto al edicto de 1547, ya dijimos que sólo se dirigía á los Estados de Flandes, por lo que no era obligatorio en el Bramante. El Estado invocaba, además, el edicto de 15 de Mayo de 1574, pero el texto prueba que era especial á Holanda y á Frisia y que no se había publicado en el Bramante, por lo que en éste no tenía ninguna fuerza. El edicto de 16 de Octubre de 1663, que se citaba á favor del Estado, se limita á recomendar á los fiscales la observancia de las leyes existentes, pero no crea un derecho de desechos marítimos; en cuanto al edicto de 1663, emanaba de los Estados de Holanda y de Frisia, y por consiguiente, era extraño á Bélgica. En una palabra, no había ley. Luego no podían atribuirse los desechos marítimos al Estado. Tampoco pertenecen á quien se los encuentra, porque los efectos echados al mar ó provenientes de naufragio no son bienes sin dueño. El que se los encuentra está en la misma posición que el que se halla cosas perdidas; él tiene la retención de las cosas y su guarda y está obligado á devolverlas al propietario que las reclame en el periodo de treinta años. Quedaba por averiguar quién, en el presente caso, era retenedor y guardián. Evidentemente que los pescadores. El tribunal condenó al Estado á restituir el depósito que ellos habían puesto en sus manos (1).

§ III.—DE LAS COSAS PERDIDAS.

461. En el antiguo derecho, se llamaban *cosas extraviadas* ó *cosas gayves*, á las cosas perdidas ó extraviadas cuyo propietario era desconocido. Estas cosas pertenecían, según el lugar en donde eran encontradas, al rey ó al señor, cuando en el plazo prescrito por las costumbres, no las

1 Fallo del tribunal de Bruselas, de 23 de Diciembre de 1865. ("Bélgica judicial," 1866, p. 126).

había reclamado el propietario. Esto era lo que se llamaba *derecho de cosa perdida* (1). Este derecho fué abolido por la ley de 13 de Abril de 1791 (t. I, art. 7). El código civil dice que los derechos en las cosas perdidas cuyo dueño no vuelve á presentarse estarán regidos por leyes particules (art. 717). Más adelante citaremos algunas leyes especiales sobre ciertos objetos perdidos, extraviados ó no reclamados. Ley general no la hay. Por esto son las dudas y la controversia. Sobre un punto sí hay acuerdo, y es que las cosas perdidas no pertenecen al propietario del fundo en el cual se encuentran (2). ¿Con qué título las reclamaría él? ¿Cómo tesoro? Las cosas que están en la superficie del suelo no son un tesoro. ¿Como un accesorio del fundo? Ninguna relación jurídica existe entre el predio en el cual se deja caer por accidente una cosa cualquiera, y esta cosa ni siquiera puede decirse que el poseedor del predio tiene la guarda de ella, porque el descubridor es el que tiene la retención y la guarda. ¿Hay excepción de este principio cuando la cosa se encuentra en una casa? Se lee en una sentencia de la corte de casación que no es lo mismo respecto de las cosas que se encuentran en el piso de un aposento que respecto á las que se encuentran en un camino público; que las primeras, si se han extraviado, no por esto se vuelven objetos perdidos y sin dueño; que todo lo que existe en una casa se queda en ella bajo la autoridad y debe reputarse en la posesión del jefe, y que nada puede desviarse de ella sin su consentimiento (3). Hay algo de verdad en esta proposición, pero es demasiado absoluta. Era el caso que un dependiente se había hallado en el suelo unos billetes de ban-

1 Merlin, "Repertorio," en las palabras "Epaves y Cosas gayves."

2 Durantou, t. 4^o, p. 273, núm. 323. Demolombe, t. 13, p. 86, número 10.

3 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, 7 de Septiembre de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 384).

luego no tenía aplicación en Bélgica. En cuanto al edicto de 1547, ya dijimos que sólo se dirigía á los Estados de Flandes, por lo que no era obligatorio en el Bramante. El Estado invocaba, además, el edicto de 15 de Mayo de 1574, pero el texto prueba que era especial á Holanda y á Frisia y que no se había publicado en el Bramante, por lo que en éste no tenía ninguna fuerza. El edicto de 16 de Octubre de 1663, que se citaba á favor del Estado, se limita á recomendar á los fiscales la observancia de las leyes existentes, pero no crea un derecho de desechos marítimos; en cuanto al edicto de 1663, emanaba de los Estados de Holanda y de Frisia, y por consiguiente, era extraño á Bélgica. En una palabra, no había ley. Luego no podían atribuirse los desechos marítimos al Estado. Tampoco pertenecen á quien se los encuentra, porque los efectos echados al mar ó provenientes de naufragio no son bienes sin dueño. El que se los encuentra está en la misma posición que el que se halla cosas perdidas; él tiene la retención de las cosas y su guarda y está obligado á devolverlas al propietario que las reclame en el periodo de treinta años. Quedaba por averiguar quién, en el presente caso, era retenedor y guardián. Evidentemente que los pescadores. El tribunal condenó al Estado á restituir el depósito que ellos habían puesto en sus manos (1).

§ III.—DE LAS COSAS PERDIDAS.

461. En el antiguo derecho, se llamaban *cosas extraviadas* ó *cosas gayves*, á las cosas perdidas ó extraviadas cuyo propietario era desconocido. Estas cosas pertenecían, según el lugar en donde eran encontradas, al rey ó al señor, cuando en el plazo prescrito por las costumbres, no las

1 Fallo del tribunal de Bruselas, de 23 de Diciembre de 1865. ("Bélgica judicial," 1866, p. 126).

había reclamado el propietario. Esto era lo que se llamaba *derecho de cosa perdida* (1). Este derecho fué abolido por la ley de 13 de Abril de 1791 (t. I, art. 7). El código civil dice que los derechos en las cosas perdidas cuyo dueño no vuelve á presentarse estarán regidos por leyes particules (art. 717). Más adelante citaremos algunas leyes especiales sobre ciertos objetos perdidos, extraviados ó no reclamados. Ley general no la hay. Por esto son las dudas y la controversia. Sobre un punto sí hay acuerdo, y es que las cosas perdidas no pertenecen al propietario del fundo en el cual se encuentran (2). ¿Con qué título las reclamaría él? ¿Cómo tesoro? Las cosas que están en la superficie del suelo no son un tesoro. ¿Como un accesorio del fundo? Ninguna relación jurídica existe entre el predio en el cual se deja caer por accidente una cosa cualquiera, y esta cosa ni siquiera puede decirse que el poseedor del predio tiene la guarda de ella, porque el descubridor es el que tiene la retención y la guarda. ¿Hay excepción de este principio cuando la cosa se encuentra en una casa? Se lee en una sentencia de la corte de casación que no es lo mismo respecto de las cosas que se encuentran en el piso de un aposento que respecto á las que se encuentran en un camino público; que las primeras, si se han extraviado, no por esto se vuelven objetos perdidos y sin dueño; que todo lo que existe en una casa se queda en ella bajo la autoridad y debe reputarse en la posesión del jefe, y que nada puede desviarse de ella sin su consentimiento (3). Hay algo de verdad en esta proposición, pero es demasiado absoluta. Era el caso que un dependiente se había hallado en el suelo unos billetes de ban-

1 Merlin, "Repertorio," en las palabras "Epaves y Cosas gayves."

2 Durantou, t. 4^o, p. 273, núm. 323. Demolombe, t. 13, p. 86, número 10.

3 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, 7 de Septiembre de 1855 (Daloz, 1855, 1, 384).

co, de los que se apoderó sin avisar á su jefe. Sin duda que el más simple deber de probidad lo obligaba á dar parte al patrón del hallazgo. ¿Quiere decir esto que el depósito perteneciese al patrón? Nó, puesto que el propietario del predio, casa ó campo, no tiene absolutamente ningún derecho sobre las cosas extraviadas que allí se encuentran por casualidad. El descubridor las retiene, y á él le corresponde guardarlas. Precisa ver si él tiene también la propiedad.

462. Se ha sostenido que las cosas perdidas pertenecían al Estado. Claro es que el Estado no puede invocar los arts. 539 y 713, porque las cosas perdidas no son cosas sin dueño, tienen un propietario, ignorado es cierto, pero que puede volver á presentarse de un momento á otro. El Estado sólo podría reclamar su propiedad cuando una ley especial se la atribuyese. Ahora bien, no hay una ley posterior al código civil. En cuanto al derecho anterior, ha sido abrogado por la ley de 1791. Y sin embargo, este derecho anterior es lo que se invoca. El Estado ha sucedido, dicen, á los señores de horca y cuchillo; si las cosas perdidas pertenecían á éstos, según Pothier, en recompensa de los gastos que erogaban en administrar justicia; habiendo pasado el cargo al Estado ¿no es justo que él aproveche el beneficio inherente á dicho cargo? Razones malas. El Estado cumple con un deber al administrar justicia, y no tiene que reclamar ninguna indemnización por tal capítulo. Es inútil insistir, porque existe un texto que rechaza las pretensiones del Estado, y éste es el art. 717, el cual, al decir qué leyes especiales reglamentarán los derechos sobre las cosas perdidas cuyo dueño no ha vuelto á presentarse, supone que dichas cosas no se vuelven propiedad del Estado. En ausencia de ley el Estado carece de derecho (1).

1 Merlín, "Cosas perdidas," Favard de Langlade, "Propiedad,"

463. Sólo queda ya el descubridor. ¿Se vuelve propietario de las cosas perdidas que él se encuentra? Por el hecho solo de su descubrimiento, nó. En efecto, la invención es un modo de ocupación, y ésta supone bienes que á ninguno pertenecen. No son así las cosas perdidas. El que las ha perdido no ha obdicado su propiedad, únicamente ha perdido la retención, pero sigue siendo dueño; el art. 711 lo dice, y los principios que rigen la propiedad no dejan duda alguna. En vano el descubridor invocaría la máxima de que en materia de muebles la posesión equivale á título. Este principio supone que el poseedor posee en virtud de un título translativo de propiedad; los que poseen en virtud de un lazo de obligación no pueden prevalecerse del art. 2279, porque el título mismo de su posesión prueba que están obligados á restituir. Tal es la posición del inventor; el descubrimiento le da la retención de una cosa que no le pertenece, que debe, en consecuencia, restituir al dueño que la reclame; estando obligado á restituir, claro es que su posesión no lo hace propietario. El artículo 2279 lo prueba él mismo. Si el inventor vende la cosa, el dueño puede reivindicarla en el curso de tres años, de manos del tercer adquirente; luego éste no se ha hecho propietario, y por lo tanto el vendedor, es decir, el inventor no lo era. Así, pues, la cosa continúa perteneciendo al dueño. El puede reclamarla; pero toda acción prescribe al cabo de treinta años; el poseedor sin título ni buena fe puede oponer esa prescripción al propietario que reivindica, y también puede oponerse al que promueve en virtud de un lazo de obligación. Luego despues de treinta años, no puede ya obligarse al inventor á que restituya la cosa hallada; en este sentido, sí se vuelve propietario.

464. La aplicación de estos principios da lugar á algunas dificultades. En el antiguo derecho, varias costumbres. 1.ª, núm. 11. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 2.ª, p. 244, núm. 46 y las autoridades citadas.

bres imponían el deber al que se hallaba una cosa perdida de rendir declaración ante autoridad local, con pena de multa al no hacerlo: tal era la costumbre de Orleans (artículo 176). ¿Existe todavía esta obligación en nuestro derecho moderno? Las costumbres están abolidas, y por ley ya no existen. Las autoridades municipales han tratado de colmar el vacío. En París, hay ordenanzas que intiman que se depositen en la oficina de policía los objetos hallados. Se ha puesto en duda la legalidad de esos reglamentos. En otro lugar (t. VI, núm. 118) hemos dicho que la corte de casación de Bélgica falló que el reglamento expedido por el consejo comunal de Lieja sobre los objetos hallados es ilegal, y esto nos parece dudoso. En Francia hay decisiones en el mismo sentido dadas por los tribunales de policía (1), la cuestión no ha sido todavía llevada ante la corte suprema.

465. ¿Quiere decir esto que el hecho de apoderarse de los objetos hallados, sin rendir ninguna declaración, sea lícito? Está controvertida la cuestión de saber si esto es un robo. No entramos en este debate, porque es extraño á nuestro objeto. La jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa, con una distinción, no obstante. Si el que se encuentra una cosa toma inmediatamente la resolución de apropiársela, la sustrae fraudulentamente al propietario, y por consiguiente, comete un robo. Luego si no rinde ninguna declaración ante la policía, si no da ningún paso para descubrir al dueño, si esconde su hallazgo, si lo niega, hay sustracción fraudulenta.

466. De aquí nace una nueva dificultad. ¿Cuál es la duración de la acción del dueño contra el inventor? ¿Es la duración de toda acción civil, treinta años, ó es la duración excepcional de tres años que las leyes penales establecen para las acciones que nacen de un delito? La acción del

1 Dalloz, "Computación, periódico," 1868, 3, 106.

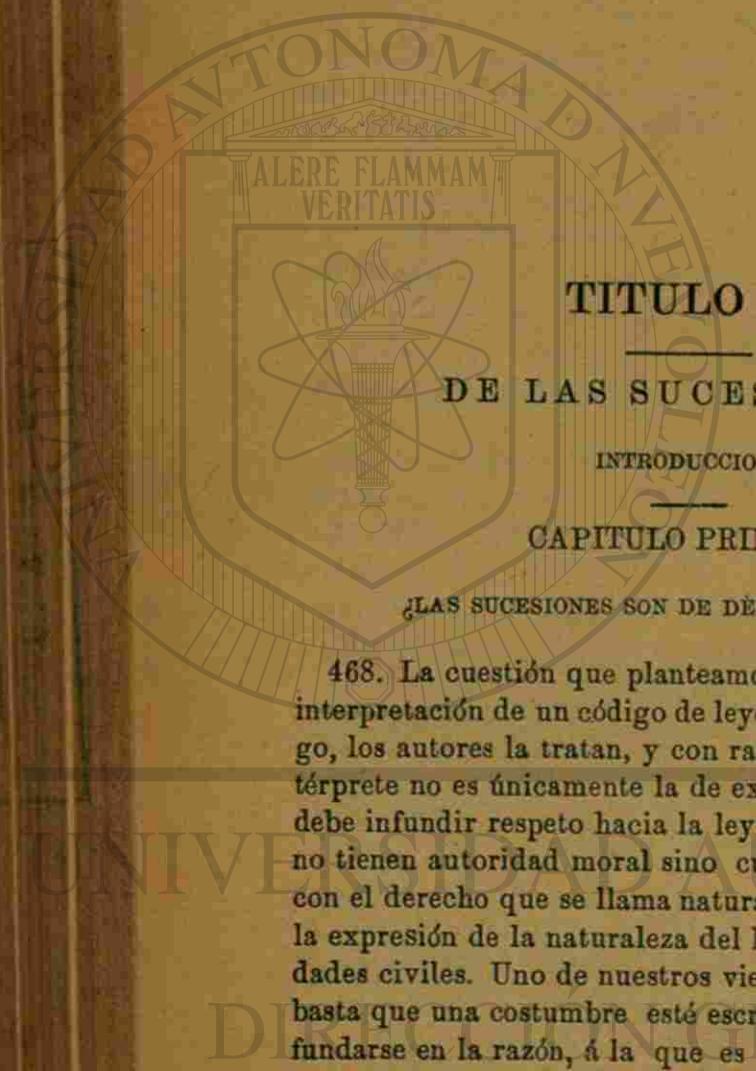
dueño no nace de un delito, le pertenece en virtud de la obligación que contrae el inventor, de devolver la cosa al propietario; luego dura treinta años. Si el inventor la vende, el dueño tiene, por excepción, contra el tercer poseedor, una acción de reivindicación que el art. 2279 limita á tres años. Volveremos á tratar este punto en el título de la *Prescripción*.

467. Hay leyes especiales sobre ciertos objetos hallados, extraviados ó no reclamados. Ya hemos dicho que las ordenanzas francesas que rigen los desechos marítimos, no se han publicado en Bélgica. Pasa lo mismo con los edictos sobre los desechos fluviales. En ausencia de leyes particulares, deben aplicarse los principios generales que acabamos de exponer.

En virtud de una ley de 11 germinal, año IV, los efectos mobiliarios depositados en los archivos y conserjerías de los tribunales, que no son reclamados cuando termina el litigio, se venden: el propietario conserva una acción de restitución de precio, pero limitada á un año. La ordenanza francesa de 22 de Febrero de 1820 (art. 2) ha restablecido la prescripción de treinta años.

Un decreto de 13 de Agosto de 1810 dispone que los efectos, sean los que fueren, confiados á las mensajerías, se vendan si no los reclaman dentro de seis meses. El propietario tiene un plazo de dos años para reclamar su precio. Una ley belga de 18 de Febrero de 1860, declara aplicables estas disposiciones á los caminos de fierro, sean del Estado, sean de concesionarios, así como á los objetos olvidados ó abandonados en las estaciones, salas de espera, coches y otras dependencias de aquellas explotaciones. Existen leyes análogas para las sumas confiadas al correo.

De la misma manera, las mercancías que han sido abandonadas en las oficinas de las aduanas se venden al cabo de un año; el propietario tiene un año para reclamar la restitución del precio.



TITULO II.

DE LAS SUCESIONES.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

¿LAS SUCESIONES SON DE DERECHO NATURAL?

468. La cuestión que planteamos parece ociosa para la interpretación de un código de leyes positivas. Sin embargo, los autores la tratan, y con razón. La misión del intérprete no es únicamente la de explicar textos, sino que debe infundir respeto hacia la ley. Ahora bien, las leyes no tienen autoridad moral sino cuando están en armonía con el derecho que se llama natural, para marcar que es la expresión de la naturaleza del hombre y de las sociedades civiles. Uno de nuestros viejos autores dice que no basta que una costumbre esté escrita, que también debe fundarse en la razón, á la que es conveniente se atenga toda cosa razonable, porque de otra manera, la costumbre sería corruptible y no tolerable (1). Esto es así, sobre to-

1 Bouteiller, "Suma rural," ó el "Gran derecho consuetudinario general y práctico," tít. LXXXII, p. 425.

do de las leyes que rigen las sucesiones. Ellas se ligan íntimamente con el derecho de propiedad. Conmover el cimiento del derecho de sucesión, es arruinar el derecho de dominio, porque el uno no es concebible sin el otro. La propiedad ha sido atacada tanto por la doctrina como por la insurrección; si ella no tiene sus raíces en la creación misma, es decir, en el derecho que Dios ha dado á sus criaturas, entonces no es más que una usurpación; y contra la usurpación aparece legítima la insurrección á generaciones concebidas en la revolución y criadas en el espíritu revolucionario. Preciso es restablecer las bases del orden social, profundamente removidas; cuando se restablezca el orden en el mundo de las ideas, el mundo real volverá también á asentarse sobre sus bases. Ahora bien, la propiedad, con el derecho de sucesión que de ella depende, es una de esas bases, por lo que interesa fortificarla contra los ataques incesantes de que es objeto.

469. Nosotros tenemos un motivo especial para discutir la cuestión, y es que los autores del código civil, están de acuerdo en representar el derecho de sucesión como obra del legislador. Este es un error, á nuestro juicio, error que es urgente combatir á fin de quitarle una autoridad tan grande. El relator del Tribunado proclama este error como una verdad incontestable, confundiendo la sucesión con la propiedad, lo que por lo demás es muy lógico, siendo la una consecuencia de la otra: "Antes del establecimiento de las leyes civiles, dice Ghabot, la propiedad más bien era un hecho que un derecho. La naturaleza ha dado la tierra en común á todos los hombres y no ha señalado á cada uno tal ó cual porción. Así, pues, la propiedad particular no podía tener más origen que el derecho del primer ocupante ó el derecho del más fuerte; sólo era duradera por la posesión, y la fuerza podía también destruirla. La sociedad civil es la única y verdadera

fuerza de la propiedad, ella es la que garantiza á cada individuo lo que posee con justo título, y esta garantía es ella misma *el fin principal de la sociedad*; es uno de los primeros elementos de su *existencia*, de su *conservación* y de su *prosperidad*. Pero si el hombre, en el *estado de naturaleza*, no tenía el derecho de propiedad, no podía transmitirlo cuando moría, porque no se puede transmitir, no se puede dar lo que uno mismo no tiene. Así, pues, la transmisión de los bienes por sucesión no es de derecho natural, sino de derecho civil. Por todas partes, en efecto, el orden de las sucesiones ha sido reglamentado por leyes positivas, y este objeto importante ha encontrado su lugar en el código de todos los pueblos (1). "El orador del Tribunado se expresa en los mismos términos." Luego que morimos, dice Simeón, se rompen todos los vínculos que ligaban nuestras propiedades á nuestra dependencia; la ley es la única que puede reanudarlos. Sin ella, los bienes destituidos de sus dueños, serían del primer advenedizo que los ocupase. Cada defunción volvería á ofrecer *la incertidumbre* y los *desórdenes* que el estado social ha hecho cesar. Así, pues, la sucesión es una institución civil, por cuyo medio la ley transmite, á un nuevo propietario designado de antemano, la cosa que acaba de perder el precedente propietario (2).

470. Hay en estas teorías un error ó una mala inteligencia que les quita toda autoridad. Los órganos del Tribunado están imbuidos en la preocupación que reinaba en el siglo diez y ocho y que Rousseau contribuyó tanto á difundir, acerca de su pretendido estado de naturaleza anterior al estado social. Este estado de naturaleza es una quimera, y todas las consecuencias que de él se deducen

1 Chabot, Dictamen sobre el título de las "Sucesiones," número 3, (Loché, t. 4º, p. 104).

2 Discurso de Simeón, en el Cuerpo legislativo, núm. 8, (Loché, t. 5º, p. 131).

son igualmente quiméricas. Al hombre no se concibe fuera de la sociedad; ser esencialmente sociable, no podría vivir fuera del estado social, que es la condición de su existencia. Sin duda que la sociedad se desarrolla como todo lo que se refiere á la vida de la humanidad. La sociedad no era, en la cuna del género humano, lo que es en nuestros días, pero existía en esencia, con lo que basta para arruinar la concepción de un estado de naturaleza extrasocial. Por lo tanto, ya no puede decirse que la fuerza haya reinado alguna vez á título de derecho, y que la posesión y la propiedad tengan su principio en el derecho del más fuerte. Si, como lo confiesan los órganos del Tribunado, la propiedad es la base del orden social; si, como lo dicen, la sociedad sin ella no podría ni *existir*, ni *conservarse*, ni *prosperar*, hay que decir que la propiedad está en la naturaleza del hombre, porque éste y la sociedad son inseparables. ¿Qué importa que la sociedad tenga que intervenir para reglamentar la transmisión de los bienes á la muerte del propietario actual? ¿Probaría esto que la sucesión no es de derecho natural? Entonces nada sería de derecho natural, porque la sociedad interviene en todas las cosas. Todavía no se ha negado que el matrimonio sea de derecho natural, lo que no es óbice para que la sociedad intervenga para arreglar sus condiciones y para asegurar la ejecución de sus obligaciones. Pasa lo mismo con las sucesiones; precisamente porque la *existencia*, la *conservación* y la *prosperidad* de la sociedad, es decir, de la humanidad, dependen de la propiedad y de su transmisión por vía de herencia, es por lo que las leyes reglamentan esta materia con tanta solícitud.

471. La preocupación que estamos señalando era general en el siglo último. Es fuerza combatirla indicando las funestas consecuencias que de ella derivaban los mejores entendimientos. Escuchemos á Montesquieu: "La ley na-

tural ordena á los padres que alimenten á sus hijos; pero no los obliga á hacerlos herederos. La partición de los bienes, las leyes sobre esta partición, las sucesiones después de la muerte de aquél que ha tenido esa partición, todo esto no puede arreglarse más que por la *sociedad*, y en consecuencia, por leyes políticas ó civiles." Más adelante diremos si es cierto que el padre no debe á sus hijos más que la alimentación. Claro es que se necesitan leyes para arreglar la transmisión de los bienes que se opera á la muerte del propietario: pero ¿quiere decir esto que la ley crea el derecho de sucesión? Quiere decir que ella crea el matrimonio al organizarlo. Decíamos que entre los órganos del Tribunado había mala inteligencia y error. En Montesquieu se hace patente la mala inteligencia y el error se torna peligroso. Si las leyes hacen el derecho de sucesión, pueden también deshacerlo. Montesquieu lo confiesa. "Es verdad, dice él, que el orden político ó civil exige con frecuencia que los hijos sucedan á los padres; pero no siempre lo exigen (1). Si esto es verdad de la sucesión también lo es de la propiedad. El legislador podrá, pues, abolir la propiedad, lo que viene á parar en atribuir-la al Estado: hémos aquí en pleno socialismo. Ciertamente que no era éste el pensamiento de Montesquieu. Esto prueba la importancia de los principios; si son falsos, las consecuencias funestas que entrañan necesariamente se abrirán paso. La insurrección contra la propiedad está al cabo de la doctrina enseñada por el autor del *Espíritu de las leyes*. Es, pues, preciso insistir para restablecer los verdaderos principios.

472. El siglo XVIII, al construir sus teorías sobre el estado de naturaleza y la comunidad que en él reinaban, ni podía maliciar que sus especulaciones llegasen á ser una terrible realidad. En 89, los discípulos de los filóso-

1 Montesquieu, "Del Espíritu de las leyes," XXVI, 6.

fos pusieron manos á la obra; nosotros aplaudimos la destrucción que llevaron á cabo y la regeneración que inauguraron, pero, preciso es reconocerlo, sembraron también gérmenes de nuevas revoluciones. Después de la muerte de Mirabeau, leyeron en la tribuna su discurso sobre las sucesiones, y en él encontramos estas palabras de tempestad: "supuesto que el derecho de propiedad en la mayor parte de los bienes de que disfrutaban los hombres es una ventaja que les confieren las *convenciones sociales*, nada impide, si así se desea, que se consideren dichos bienes volviendo á entrar de derecho, por la muerte de sus poseedores, en el *dominio común*, y que retornen en seguida de hecho, por la voluntad general, á los herederos que llamamos legítimos." Nada impide, dice también más tarde Babeuf, el tribuno del pueblo, que los bienes se queden en el dominio común y que la santa igualdad reine sobre la tierra. Y la santa igualdad es la gamella común, así como la pastura común para los animales. Nosotros, en nuestros días, hemos visto en su labor á estos niveladores. ¡Ellos no podían alojarse en la Tullerías, pues que pereciesen las Tullerías! ¡No gozaban ellos de los cuadros del Louvre y de Luxemburgo, pues que pereciesen las obras maestras del arte! Decididamente la santa igualdad es la de los rebaños (1).

473. Aquí tropezamos con una preocupación que ha echado profundas raíces en la raza francesa y en el dogma católico: la igualdad de hecho considerada como un ideal. Este ideal nos lleva á la abolición de la propiedad individual, al restablecimiento de la pretendida comunidad que reinaba en el estado de naturaleza. Domat, á la vez que rechazando la comunidad, parece que ve en ella

1 Acerca de la doctrina de la revolución concerniente á la propiedad, véanse nuestros "Estudios sobre la historia de la humanidad," t. 13, ps. 215 y siguientes.

un tipo de perfección: "está tan llena de inconvenientes, dice él, que ya se ve que es imposible. Sería injusto que todas las cosas perteneciesen en común á los buenos y á los malvados, á los que trabajan y á los holgazanes, á los que supieran hacer un uso bueno de los bienes y á los que sólo los consumieran y disiparan. De suerte que el estado de una comunidad universal, que habría podido ser justo entre hombres perfectamente equitativos, y que hubiesen guardado un estado de inocencia y sin pasiones, no podría ser más que quimérico, injusto y lleno de inconvenientes entre hombres *constituidos como nosotros lo estamos*" (1).

El pretendido ideal es falso, porque se halla en oposición con lo que hay de más esencial en la naturaleza del hombre, su individualidad. Cada hombre está doptado de facultades intelectuales y morales que constituyen su ser, su personalidad, y que tiene como misión el desarrollar. El no puede vivir y perfeccionarse sino en el estado de sociedad; la sociedad debe estar organizada de suerte que todo ser humano pueda alcanzar el grado de perfección á que está destinado en este mundo. Esta es la igualdad que con justo título puede llamarse santa, porque es una ley de Dios. Nosotros la llamamos igualdad de derecho, para distinguirla de la igualdad de hecho que con razón declara Domat que es imposible; siendo desiguales las facultades ¿cómo podría existir la igualdad de hecho entre seres profundamente desiguales? Si la igualdad de derecho es una ley divina, la desigualdad de hecho es una ley igualmente divina. Se le cree condenar y mancillar llamándola un privilegio del nacimiento. Hay otros muchos privilegios de nacimiento, y todos tienen un solo y mismo principio, Dios. ¿Cuál es la razón de esta desigual-

1 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, lib. I, Prefacio, p. 324, núm. 2.

dad, que es el tormento de los pensadores? Misterio, que la fe puede intentar penetrar, y que el legislador debe conformarse con aceptar. Tales hombres nacen ricos ó pobres: hé ahí el hecho divino, providencial, que ningún poder humano puede destruir.

¿Cuáles son las consecuencias de esta desigualdad necesaria? ¿Es verdad, como lo dice Montesquieu, que el padre no debe á sus hijos más que la alimentación? Aun cuando sólo los alimentos les debiera, estaría siempre obligado á transmitirles una parte al menos de su patrimonio. Si llega á morir dejando hijos menores ¿no debe asegurarles la vida después de su muerte? Si Dios le ha dado hijos de corto entendimiento, incapaces de ganarse la vida, ¿el padre no les debe nada al morir? El padre es rico, tiene hijos que ha educado en el lujo, en la ociosidad. ¿Irá á decirles al morir: nada os debo ya? Montesquieu ha planteado mal la cuestión del derecho de herencia. Los padres no piden otra cosa que transmitir sus bienes á sus hijos, y si trabajan, es para dejarles alguna fortuna, y por eso economizan y se imponen las más duras privaciones. Trátase de saber si esto es egoísmo ó si es un sentimiento legítimo. Llámesele egoísmo, si así se quiere, pero lo cierto es que tal es el móvil del hombre; por esto se apegá á la propiedad. Abolid el derecho de sucesión y dejará de haber propietarios. Si queréis que haya una propiedad, enlazad con ella el derecho de transmitir los bienes por herencia. Nosotros, después de tantos otros, hemos procurado justificar la propiedad, y con ello hemos justificado el derecho de sucesión. Quédanos por ver si nuestra doctrina tiene algún apoyo en la tradición jurídica y en el espíritu de nuestra legislación.

474. Domat es el guía habitual de los autores del código civil; con él se encuentra el espíritu de éstos, y si se pudiera hablar así, la filosofía de nuestro derecho moderno.

Pothier es exclusivamente legista y casi nunca abandona el dominio del derecho positivo, mientras que Domat trata de buscar la razón de las cosas. El distingue, como lo hace el código, tres órdenes de herederos, los descendientes, los ascendientes y los colaterales. En cuanto al primero de estos órdenes, en el cual los hijos son llamados á suceder á sus padres, Domat no vacila en decir que es *enteramente natural*; es, dice él, como una consecuencia del orden divino que da la vida á los hombres por el nacimiento que deben á sus padres. Porque la vida hace necesario el uso de los bienes temporales; así es que el dón de la vida implica el dón de los bienes; por lo mismo, ¿qué cosa más natural que hacer pasar los bienes de los padres á los hijos como un beneficio que debe seguir al de la vida? En la época en que Domat escribía, la sociedad era todavía aristócrata y parecía descansar en una base inquebrantable, la de la monarquía de derecho divino. Si Domat hubiera oído los gritos de rebelión de la democracia contra la desigualdad que resulta de la herencia, habría llamado á los insurrectos al respeto de la voluntad de Dios. ¿Quién nos da la vida? Dios. ¿Quién nos hace nacer en el seno de una familia pobre ó rica? Dios. ¿A quién debemos, pues, los bienes que son un accesorio de la vida? A Dios. Sublevarnos contra la desigualdad que preside á nuestro nacimiento, es tanto como sublevarnos contra los decretos de Dios. Aceptemos, pues, la desigualdad de hecho como una condición de la vida. Más adelante diremos cuáles son las obligaciones inherentes á la riqueza que Dios nos da con la vida.

Domat dice que el segundo orden que llama á los ascendientes á la sucesión de los descendientes, no es natural. ¿En qué sentido? Porque es contra el orden de la naturaleza que los padres sobrevivan á sus hijos. ¿Quiere decir esto que si llega á acontecer, no sea conforme al derecho

natural, que los padres sucedan á sus hijos? Domat contesta: "La misma razón que liga al beneficio de la vida el de los bienes temporales, y que hace que los hijos reciban uno y otro de sus padres, exige también que los ascendientes no se vean privados de los bienes que sus hijos dejan; en efecto, debiendo los hijos la vida á sus padres, los bienes de los hijos están, naturalmente, destinados á las necesidades de la vida de aquellos á quienes deben la suya." En este sentido, la sucesión de los ascendientes es de derecho natural, tanto como la de los descendientes, una y otra son una consecuencia del vínculo tan estrecho de aquellas personas y de los deberes que Dios establece entre ellas. Uno de los principales efectos de este vínculo y de estos deberes, es el uso recíproco que la naturaleza da á los hijos, de los bienes de sus padres, y á los padres, de los bienes de sus hijos, *haciéndolos hasta cierto punto comunes*. En definitiva, la sucesión de los bienes ascendientes se remonta á la voluntad de Dios como la de los descendientes; porque al darnos la vida, nos liga no solamente con aquellos á quienes debemos el nacimiento, sino también con la familia de nuestros padres, con aquellos á quienes ante todo deben la vida nuestros padres. Esto equivale á decir que Dios, al hacernos nacer en tal familia más bien que en tal otra, nos da derechos y nos impone deberes; uno de estos derechos y uno de estos deberes es la herencia.

Queda el orden de los colaterales. Lo que acabamos de decir es suficiente para probar que la sucesión de los colaterales tiene el mismo fundamento que la de los descendientes y ascendientes. ¿Acaso los colaterales no se ligan con un solo jefe á quien deben la vida? Luego también tienen derecho á los bienes, que son un accesorio de la vida. Así es que, dice Domat, puede decirse en general de estas tres especies de sucesión, de descendientes, ascendientes y colaterales, que todas las personas que están li-

gadas por el nacimiento en uno de estos órdenes, se consideran como una familia á la que Dios había destinado los bienes de los que la componen, para hacerlos pasar sucesivamente del uno al otro, según el rango de su proximidad.

En este punto, tocamos el principio fundamental del derecho de sucesión, tal como Domat lo concibe, y Domat, en esta materia, no ha hecho más que escribir la teoría de las costumbres que el código civil reproduce en substancia. Cuando Domat dice que la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y de los colaterales es de derecho natural, da á entender con eso que dimana de la voluntad de Dios que ha organizado las familias, y que hace que los hombres nazcan en esta ó en la otra familia según los decretos de su Providencia. Al dejar los bienes á los que están llamados á recogerlos, obedecemos, pues, á la voluntad de Dios, es decir, cumplimos con un deber. Porque, dice Domat, el vínculo que forma el nacimiento entre los ascendientes, los descendientes y los colaterales, siendo el primero que Dios ha establecido entre los hombres para unirlos en sociedad y ligarlos á los *deberes del amor mutuo*, cada cual debe considerar en la elección que él hace de un heredero á las personas con las que Dios lo liga por este primer vínculo más que con las otras, y no privarlas de sus bienes sin justas causas. En este deber es en lo que se fundan nuestras costumbres que afectan de tal manera los bienes á las familias, que no permiten que se disponga de todos los bienes con perjuicio de los colaterales aun los más remotos, según veremos más adelante (1).

475. He allí una teoría bien distinta de la de Montesquieu y de Mirabeau, queda por averiguar si los autores

1 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, Prefasio, núm 3, ps. 324 y siguientes.

del código se refieren á Domat ó á la filosofía del siglo diez y ocho. Los oradores del Tribunado, cuyas palabras hemos reproducido, sólo expresan palabras individuales. Su criterio sin duda que estaba muy extendido, pero no creemos que sea el del código civil. El código, antes que todo es una obra tradicional y esta tradición es la de las costumbres. Ahora bien, Domat acaba de decirnoslo, su teoría es en el fondo la del derecho consuetudinario; lo demostraremos cuando hayamos escuchado á los autores del código civil y á la comisión que redactó el proyecto primitivo. Portalis expuso el espíritu del nuevo código en un discurso preliminar; escuchemos lo que dice acerca del derecho de sucesión. El orador plantea con toda claridad la cuestión: "¿El derecho de suceder tiene su base en el derecho natural ó simplemente en las leyes positivas?" Portalis contesta la pregunta estableciendo que la propiedad es derecho natural. "Nadie habría sembrado, plantado ni edificado, si los dominios no hubiesen estado separados y si cada individuo no hubiese estado seguro de poseer pacíficamente su dominio. Así, pues, el derecho de propiedad es en sí mismo *una institución directa de la naturaleza*." Ya lo estamos viendo. Portalis rompe decididamente con la escuela filosófica del siglo XVIII; mucho se cuida de decir que la propiedad procede del derecho del más fuerte; le encuentra un origen más racional y más verdadero en las necesidades del hombre. Esto en el fondo es la teoría que en otro lugar hemos expuesto. Si la propiedad es de derecho natural, lo mismo debe ser de la manera de ejercerla, que es un accesorio, un desenvolvimiento, una consecuencia del derecho mismo. ¿No es esto decir que la sucesión es también de derecho natural? En este punto parece que Portalis vacila. El confiesa que poderosos motivos de conveniencia y de equidad exigen

que se dejen los bienes á la familia del propietario; pero, hablando con exactitud, dice él, ningún miembro de la familia puede reclamarlos á riguroso título de propiedad. ¿Quiére decir esto que las sucesiones sean una creación de la ley? No es así como lo entiende Portalis. El legislador debe intervenir para organizar el derecho de sucesión; á él le corresponde decidir en qué orden sucederán los parientes y qué parte se les otorgará. Mientras se hace esa partición, ¿qué vendrá á ser de los bienes que deja bacantes el fallecimiento del propietario? El sentido común, contesta Portalis, la razón y el bien público no permiten que se abandonen. En este sentido, pertenecen al Estado. Portalis se apresura á añadir que no debe uno engañarse respecto del derecho del Estado: no es, no puede ser un derecho de herencia, sino un simple derecho de administración y de gobierno. El Estado no hereda y únicamente está establecido para reglamentar el orden de las sucesiones. Es urgente que tal orden exista, como lo es que haya leyes. La conclusión de Portalis, es que, el derecho de suceder es de institución social; lo que significa que existe por el hecho solo de que hay sociedades. Portalis agrega, lo que completa su pensamiento, que la manera de partición en las sucesiones no es más que de derecho político y civil (1).

El lenguaje de Portalis no es tan claro, tan preciso como el de Domat; diríase que experimenta, á su pesar, la influencia de una doctrina filosófica que hace del derecho una creación de la ley. No obstante, la energía que emplea para rechazar el derecho de herencia que se reclamaba para el Estado manifiesta que el verdadero pensamiento de Portalis está de conformidad con el de Domat. Se encuentra reproducido en la Exposición de motivos del

1 Portalis, Discurso preliminar, núms. 92-94 (Loché, t. 1º, página 181).

título de las *Sucesiones*. Treilhard dice como Domat que la naturaleza ha establecido en cierto modo, una comunidad de bienes entre los padres y los hijos, y que la sucesión no es para ellos más que un goce continuado. El creador del gobierno agrega que no pasa lo mismo entre colaterales; para justificar el derecho de éstos, apela al afecto que el difunto tiene á sus parientes mas próximos (1); esto en otros términos es la ley de amor y de deber que Domat ha establecido tan bien relacionándola con nuestro nacimiento, es decir, con Dios.

476. Dios deja de figurar en los discursos que los oradores del gobierno y del Tribunado pronunciaban ante el cuerpo legislativo. Existen libres pensadores que pretenden que se destierre ese nombre de las leyes; temen la peligrosa ambición de la Iglesia católica que exige que Dios recobre su lugar en las leyes y en todo el orden social, á fin de dominar ellos bajo aquel nombre, y como órgano suyo, sobre los individuos y los pueblos. Nosotros hemos pasado nuestra vida en combatir las pretensiones de la Iglesia; pero porque se tienen que repeler las usurpaciones de los que se dicen vicarios de Dios ¿debe desterrarse á éste de nuestras leyes y de nuestras doctrinas? Compárense las Teorías de Domat y de Portalis: ¿cuál es la verdadera? Indudablemente que la del jurisconsulto discípulo de Port-Royal. Portalis también era cirritiano; pero diríase que tiene miedo de pronunciar el nombre de Dios ante una asamblea en donde se hallaban reunidos los restos de la Revolución, todos más ó menos imbuidos en la incredulidad del siglo diez y ocho. Y con esto su pensamiento perdió en claridad y precisión. Repitamos, pues, con Domat que Dios es el que nos liga á la familia en la cual nos hace nacer; que el vínculo de familia engendra de-

1 Treilhard, Exposición de motivos del título de las "Sucesiones," núm. 2 (Loché, t. 5º, p. 90).

rechos y deberes, y que el derecho de sucesión no es otra cosa que un derecho fundado en un deber.

En este sentido, la sucesión es de derecho natural. Pero también es verdad decir que hay un elemento arbitrario en el orden de sucesión. ¿Qué cosa es la familia? ¿hasta dónde se extiende? ¿cuáles son los derechos de los miembros que la componen? A estas preguntas las diversas legislaciones contestan de una manera diversa, y por lo tanto, arbitraria. ¿Quiéere decir esto que no hay en esta materia, un ideal hacia el cual debe tender el legislador, y hacia el cual tiende con frecuencia sin tener conciencia de ello? Cuando el hombre habla de derecho natural, da á entender con ello lo verdadero absoluto; ahora bien, la verdad absoluta no existe para seres limitados é imperfectos, que sólo persiben una faz de aquella; basta para sus aspiraciones que las doctrinas y las instituciones marchen perfeccionándose sin cesar, á medida que el hombre, órgano del progreso, avanza por la vía del perfeccionamiento intelectual y moral. Nuestra concepción del derecho natural queda, pues, imperfecta; es decir, que las leyes sobre las sucesiones tienen necesariamente algo de imperfecto. El ideal, es ciertamente la ley de amor y de deber que Dios ha establecido entre los miembros de una misma familia. ¿Pero cuáles son los parientes que forman parte de una misma familia? En cierto concepto, todos los hombres son parientes, y el vínculo de afecto existe entre todos los que forman parte del género humano. Pero es evidente que el derecho á suceder no puede extenderse tan lejos como los lazos del parentesco humano. Es preciso un límite. Acerca de este punto, tenemos que hacer un reproche á los autores del código civil, y es que han dado demasiada extensión á lo noción de la familia. Se sucede hasta el grado de doceavo. Parientes tan lejanos son siempre parientes desconocidos. ¿puede tratarse de afecto de fami-

lia cuando hasta la misma existencia de aquellos á quienes debemos amar nos es desconocida? Ellos en realidad se confunden en el género humano. A nuestro juicio, la sucesión colateral no debería entenderse más allá de los primos hermanos.

Restringir el derecho de sucesión, limitando la noción de familia ¿no es venir á parar en dar un derecho de herencia al Estado? No lo creemos así. La vida que Dios nos da es un derecho á la vez que un deber. Esta noción del deber hace gran papel en nuestro destino; si tenemos derechos, es con el objeto de que podamos cumplir nuestros deberes. Lo que estamos diciendo de la vida es verdad también de los bienes que son un accesorio de aquella, según la expresión de Domat. Nobleza obliga, decían en otros tiempos. Debe también decirse: riqueza obliga. Dios es quien nos da los bienes con la vida, y nos los da como instrumento de perfeccionamiento intelectual y moral. En este sentido, el ideal es que todo hombre sea propietario. Pero no nacemos únicamente para nosotros; el vínculo de fraternidad nos liga á nuestra familia primero, y en seguida á la gran familia humana. Cuando ya no tenemos familia en el sentido legal de la palabra, nos queda siempre la gran familia, á la que debemos consagrar nuestra vida, y también nuestros bienes. Que los bienes dejados por los que no tienen familia legal se destinen á las instituciones que tienen por objeto el mejoramiento material, intelectual y moral de la clase la más numerosa y la más pobre: hé aquí un fondo de caridad que nunca será demasiado fecundo.

¿Por qué, se dirá, no atenerse á la iniciativa individual? Nosotros no prescindimos de ella, lejos de eso, puesto que aceptamos el derecho de propiedad y la facultad de disponer de ella libremente. La ley que destinara á la caridad,

tal como acabamos de definirla, las sucesiones de los que no dejasen parientes más allá del cuarto grado, sería el testamento de los que no encontraran mejor empleo que hacer de sus bienes ¿y puede haber otro mejor? El legislador daría el ejemplo á los particulares. ¿Cuántos hay que carecen de las luces suficientes para disponer de sus bienes cumpliendo con los deberes que Dios les impone hacia sus semejantes? ¿Cuántos hay que serían felices dejando tal cuidado al Estado, una vez que supieran que sus bienes servirían á la gran causa de la civilización?

CAPITULO II:

DE LA SUCESION LEGITIMA Y TESTAMENTARIA.

477. Tenemos ahora que ver si la teoría de Domat es realmente la del código civil. En todos los autores se lee que las sucesiones se diferencian por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley. La sucesión es la transmisión de los bienes y de los cargos de una persona muerta á una ó varias personas que ocupan el lugar de aquélla y que se designan con el nombre de herederos. Esta transmisión se hace por la voluntad del hombre, cuando el difunto ha dispuesto de sus bienes por testamento ó por contrato de matrimonio: entonces hay sucesión testamentaria ó contractual. Cuando el difunto no ha instituido herederos, las sucesiones las difiere la ley á las personas que designa: se las llama *legítimas*. También se llaman sucesiones *ab intestato*, porque en derecho romano no tenían lugar sino cuando no existía testamento.

Tal es el lenguaje de la doctrina, pero no el del código. El código no dice que hay dos ó tres especies de sucesión, y no da este nombre sino á la transmisión que se opera en virtud de la ley; en cuanto á las disposiciones del difunto, las llama donaciones ó testamentos, según que el difunto ha dispuesto de sus bienes por acto entre vivos ó por acto de última voluntad. Así es como el art. 711 establece que

tal como acabamos de definirla, las sucesiones de los que no dejasen parientes más allá del cuarto grado, sería el testamento de los que no encontraran mejor empleo que hacer de sus bienes ¿y puede haber otro mejor? El legislador daría el ejemplo á los particulares. ¿Cuántos hay que carecen de las luces suficientes para disponer de sus bienes cumpliendo con los deberes que Dios les impone hacia sus semejantes? ¿Cuántos hay que serían felices dejando tal cuidado al Estado, una vez que supieran que sus bienes servirían á la gran causa de la civilización?

CAPITULO II:

DE LA SUCESION LEGITIMA Y TESTAMENTARIA.

477. Tenemos ahora que ver si la teoría de Domat es realmente la del código civil. En todos los autores se lee que las sucesiones se diferencian por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley. La sucesión es la transmisión de los bienes y de los cargos de una persona muerta á una ó varias personas que ocupan el lugar de aquélla y que se designan con el nombre de herederos. Esta transmisión se hace por la voluntad del hombre, cuando el difunto ha dispuesto de sus bienes por testamento ó por contrato de matrimonio: entonces hay sucesión testamentaria ó contractual. Cuando el difunto no ha instituido herederos, las sucesiones las difiere la ley á las personas que designa: se las llama *legítimas*. También se llaman sucesiones *ab intestato*, porque en derecho romano no tenían lugar sino cuando no existía testamento.

Tal es el lenguaje de la doctrina, pero no el del código. El código no dice que hay dos ó tres especies de sucesión, y no da este nombre sino á la transmisión que se opera en virtud de la ley; en cuanto á las disposiciones del difunto, las llama donaciones ó testamentos, según que el difunto ha dispuesto de sus bienes por acto entre vivos ó por acto de última voluntad. Así es como el art. 711 establece que

la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos ó testamentaria. Jamás la ley da el nombre de sucesión á la transmisión que se opera por donación ó por testamento. Del mismo modo, ella reserva el nombre de herederos á las personas á quienes llama para suceder al difunto, y llama donatarios ó legatarios á los que reciben los bienes por la voluntad del hombre. Así, pues, en la teoría del código no hay más que una sola especie de sucesión, la que los autores llaman legítima ó *ab intestato*. la ley ignora esta denominación, que, en efecto, implica que hay otras sucesiones, y lo repetimos, el código no conoce más que una sola, á la que reserva el nombre de sucesión por excelencia.

478. El lenguaje del código es el de los antiguos autores que escribían en los países de derecho consuetudinario. Lebrun dice que la palabra *sucesiones* se debe entender de las sucesiones *ab intestato* y nó de las testamentarias, porque las instituciones de heredero están abolidas por la mayor parte de las costumbres, excepto las contractuales que tienen más de donaciones entre vivos que de testamentos. La palabra *sucesiones*, continúa Lebrun, significa, pues, en nuestro derecho, sucesiones que la ley y no la voluntad del hombre, confiere á alguno, que se deben á la previsión de una costumbre y nó á la liberalidad de un testador, á las que se llega por proximidad y por derecho de sangre y nó por elección ni por predilección. Por esto los autores que querían usar de un lenguaje riguroso, pretendían que no había que servirse de la expresión sucesión *ab intestato*, y tenían razón; ¿puede decirse que alguno deja su sucesión *ab intestato* cuando no le es permitido hacer testamento? Como en los países de derecho consuetudinario no había verdaderos testamentos, tampoco se tenían sucesiones "ab intestato" (1).

1 Lebrun, "Tratado de las sucesiones," Prefacio.

El lenguaje del derecho consuetudinario era la expresión de una doctrina que se remonta á los usos más antiguos de las poblaciones de raza germánica. Tácito nos hace saber que los germanos no conocían la sucesión testamentaria; los bienes pasaban á los herederos de la sangre según la proximidad del grado. La prohibición de testar subsistió por mucho tiempo en los países puramente germánicos (1). Cuando el testamento se introdujo en los países de derecho consuetudinario, nunca tuvo la autoridad ni el nombre de sucesión. Muy á pesar suyo, por indulgencia con la debilidad humana, es como las costumbres permiten testar; el orden regular para suceder, es el que procede de la naturaleza; el orden de la sangre, dice Lebrun; el orden divino, dice Domat. Sólo que la ley indulgente, expresión de Bourjon, deja al hombre á su muerte, "una especie de imperio" sobre sus bienes, permitiéndole que invierta aquel orden; esta es una excepción del principio, pero imperfecta: es "legado limitado" y no verdadera sucesión. Bourjon cuida de agregar en qué espíritu las costumbres permiten al hombre que disponga de sus bienes. La ley es más sabia que el hombre, dice él; así, pues, que el hombre se cuide de usar de la facultad que le otorga la ley para despojar al heredero que esa ley le da igualmente; no debe usarla sino para recompensar la virtud y cumplir con los deberes de gratitud, porque de otra suerte se apartaría del verdadero motivo de la ley y abusaría de lo que ésta dispone (2).

De aquí esas máximas características del derecho consuetudinario. "No há lugar á institución de heredero. Se nace siendo heredero, y no llega uno á serlo después. Dios

1 Laboulaye, "De la condición política y civil de las mujeres," página 99.

2 Bourjon, "El derecho común de Francia," tit. XVII, cap. preliminar, núms. 7 y 8 (t. 1º, p. 671).

"es el único que puede hacer un heredero, el hombre nó." Esta última regla expresa en términos sencillos y enérgicos el espíritu de las costumbres, y este espíritu es el que ha dictado la teoría de Domat, y al que ha pasado á nuestro código. El hombre transmite su sangre á sus hijos y descendientes, pero no es él quien cria, el que da la vida, sino Dios. Al dar la vida, Dios da también los bienes que son su accesorio. Los da desigualmente, como desigualmente también otorga sus facultades intelectuales y morales; misterio para nosotros, orden providencial para él. Luego por el hecho solo de que Dios hace que nazca un hijo en tal ó cual familia, le otorga parte en los bienes que ésta posee; en este sentido es como Dios forma á los herederos. ¿Vendrá el hombre á perturbar este orden divino? La ley es más sabia que él, porque es la expresión del orden divino; ella permite al hombre que disponga de sus bienes, pero dentro de los límites que ella traza y sin que pueda poner su voluntad en el lugar de la de Dios: *No há lugar á institución de heredero.*

479. Un magistrado distinguido ha escrito que en nuestro derecho moderno las calificaciones diferentes que se dan á las diversas órdenes de suceder, según que tienen su principio en la ley ó en la voluntad del hombre, casi carecen de importancia: las cosas, dice él, han ocupado el lugar de las palabras (1). Ya en el antiguo derecho, Domat había hecho una observación análoga: según él, no hay más que una diferencia de nombre entre los herederos y los legatarios (2). Y podría creerse que con mayor razón es así en nuestro derecho moderno. En efecto, ¿qué es lo que se lee en el código? "Las disposiciones testamentarias son ó universales, ó á título universal, ó á título particular.

1 Nicolas Guilleard, en la "Revista crítica de jurisprudencia," 1852, p. 352. Demolombe (t. XIII, p. 104, núm. 80) es del mismo parecer.

2 Domat, "Leyes civiles," 2ª parte, lib. I; t. I, p. 332.

Cada una de estas disposiciones, sea que se haya hecho con la denominación de *institución de heredero*, sea con la de legado, producirá su efecto según las reglas anteriormente establecidas para los legados universales, á título universal ó á título particular" (art. 1002). ¿No es esto abolir la máxima de derecho consuetudinario: *No há lugar á institución de heredero*? El código va más lejos, porque deroga decididamente las costumbres, concediendo la toma de posesión al legatario universal cuando no está en concurso con un heredero reservatario (art. 1006). ¿Qué importa, después de esto, que el código no dé el nombre de heredero al legatario universal? El mismo nos dice que las denominaciones son indiferentes. Teniendo el legatario el mismo derecho que el heredero, en definitiva sólo queda una diferencia de nombre.

Muy cierto es que en el derecho moderno las denominaciones han perdido de su valor. Pero no es exacto decir que la ley confunde la sucesión legítima con la testamentaria; en este punto las palabras conservan su importancia, sea lo que fuere lo que el código expresa (art. 1002). El orador del Tribunado se pregunta por qué el código trata de las sucesiones antes de hablar de las donaciones, de los testamentos y de los contratos. Simeón contesta que porque las sucesiones están arregladas y conferidas por la ley. Es preciso dejar establecido lo que ella *quiere*, antes de llegar á lo que ella *permite*. La sucesión es una especie de *continuación del dominio del difunto en favor de sus deudos*. Ella opera una imitación de propiedad menor que las donaciones entre vivos, testamentarias, ó que las obligaciones (1). Hé aquí, ciertamente, el orden de ideas de las costumbres y de sus intérpretes, Domat y Bourjon. El legado se hace por *permiso*, por indulgencia del legislador; mientras que la voluntad de la ley, es que el heredero de san-

1 Simeón, Dictamen núm. 6 (Loché, t. 5º p. 131).

gre recoja los bienes en los que ya tenía una especie de propiedad en vida de aquel á quien sucede. Por esto es que la ley da una preferencia señalada á los herederos legítimos; si son reservatarios, la ley les concede la toma de posesión de la herencia, aunque hubiese un legatario universal. Hé aquí la ley, ó la sangre, ó el heredero de Dios, frente al hombre y su voluntad. ¿Quién supera? El heredero de Dios. El código hace una concesión al poder que tiene el hombre para disponer de sus bienes. Si uno deja reservatario, el legatario universal será el que se apodere de los bienes. Pero si el difunto sólo ha instituido legatarios á título universal, el principio del derecho consuetudinario recobra su imperio: los herederos legítimos serán los que se apoderen de los bienes, por más que el testador los haya excluido. Diríase que la ley, órgano de los derechos de la sangre, protesta contra lo arbitrario del hombre.

480. Así, pues, la calidad de heredero consanguíneo tiene su importancia aun bajo el punto de vista del derecho positivo. He aquí por qué, á pesar de la regla de interpretación establecida por el art. 1002, el código conserva una definición en las denominaciones: nunca da el nombre de heredero á los legatarios y sólo por excepción les concede la ocupación de la herencia. Esta es la fórmula de un principio fundamental de nuestro sistema de sucesión. La sucesión conferida por la ley, es la regla; la conferida por la voluntad del hombre, la excepción. En el derecho consuetudinario, esta diferencia era mucho más marcada de lo que lo es en nuestros días. Casi todas las costumbres limitaban el poder de testar, no permitiendo disponer de todos los bienes por testamento. Las había que restringían el poder de testar para toda clase de bienes. Las otras, y era el mayor número, no fijaban límite sino para las herencias propias, dejando al testador la li-

bertad plena en los muebles y en los gananciales; la mayor parte no permitían que se dispusiese más que de la quinta parte de los propios (1). Estas restricciones son notables, porque revelan el espíritu del derecho consuetudinario. Los propios son precisamente esos bienes que Domat llama los accesorios de la vida y los cuales pertenecen á la familia más bien que al que los retiene actualmente; luego el hijo tiene derecho á ellos por el hecho mismo de haber nacido en tal ó cual familia: Dios es quien lo hace nacer en ella y el hombre no puede contravenir á la ley divina.

Estas restricciones han desaparecido, el código no limita la facultad de disponer sino cuando el difunto deja hijos ó descendientes. Pero el espíritu que inspiraba las costumbres es siempre el del código. Domat, á la vez que dice que los derechos de los herederos y los de los legatarios son casi idénticos, establece diferencias entre las dos especies de sucesiones; la primera y la más importante, según él, es que la ley que permite los testamentos es como una excepción á la ley natural y general que llama á los próximos parientes á las sucesiones. Domat asigna á esta diferencia un origen que la coloca por encima de toda disputa como de todo cambio, la autoridad de Dios. El orden de las sucesiones *ab intestato*, dice él, es tan justo y tan natural, como que ha sido establecido por la ley divina, mientras que el de los testamentos no tiene más origen que la voluntad del hombre. Bajo la misma inspiración, las costumbres no reconocen más herederos que los de la familia. Domat deduce de aquí esta regla que domina el sistema de sucesión. Y es que las sucesiones testamentarias son como excepciones de la ley natural de las sucesiones legítimas, y que la libertad de disponer de sus bienes por

1 Guy Coquille, "De los testamentos," p. 96.

un testamento en favor de otras personas que no sean los herederos consanguíneos, y sobre todo, el derecho de hacer otros herederos, es como una dispensa de la regla común y universal que llama á suceder á los herederos legítimos (1). En este punto, Domat está de acuerdo con el orador del Tribunado. Si la sucesión conferida por la ley es la regla, es porque la ley la ha instituido y la ha hecho conformándose á la voluntad de Dios, que da los bienes al mismo tiempo que la vida á los que hace nacer en el seno de las diversas familias. La ley es más sabia que el hombre, dice Bourjon. Así, pues, es conveniente que el hombre respete el orden de heredad que la ley ha establecido. ¿De qué sirven entonces los testamentos? Bourjon contestó anticipadamente á la pregunta: los legados no deben ser la abolición de la ley natural que llama á los herederos consanguíneos á suceder, sólo deben ser un suplemento. Por esto es que las costumbres no comprendían que hubiese un legatario universal, es decir, un heredero instituido por testamento; ellas no admitían más que legados particulares á título de recompensa y como pruebas de afecto y de beneficencia. Siendo la máxima del código la del derecho consuetudinario, que la sucesión conferida por la ley es la regla, preciso es decir que en el espíritu del código, como en el de las costumbres, la sangre forma á los herederos, la voluntad del hombre no hace más que legatarios; luego Dios es el que hace á los verdaderos herederos.

481. Hay una teoría de las sucesiones legítimas que parece proceder de un principio enteramente contrario. La sucesión, se dice, es el testamento presumible del difunto, en el sentido de que la ley confiere los bienes como el mismo difunto lo habría hecho si hubiese testado. Esta

1 Domat, de las leyes civiles, 2ª parte, lib. I, Prefacio, núm. 8º, página 328, y lib. II, en el principio, p. 380.

teoría sube hasta Grotius. Este parte del principio de que toda transmisión de propiedad depende de la voluntad del hombre. La voluntad es expresa en los contratos y testamentos; se presume en las sucesiones *ab intestato*; como en verdad el difunto no ha de haber querido dejar sus bienes al primero que los ocupase, debe suponerse que quiso dejarlos á aquellos á quienes la ley llama, lo que equivale á decir que el legislador debe atribuirlos á aquel á quien hay más apariencia que el difunto quiso perteneciesen después de su muerte. Ahora bien, la voluntad expresa es siempre superior á la voluntad presumible; luego el testamento es la regla. ¿Quiere decir esto que en la mente de Grotius la voluntad arbitraria del hombre sea la que disponga de sus bienes? Cuando el difunto no ha testado, no ha expresado ninguna voluntad: ¿qué es lo que en este caso se supone? Que cada cual ha querido lo que es más justo y más honrado (1). Esto da otro sentido á la doctrina de Grotius. Dufendorf la ha desarrollado y explicado diciendo que el legislador, al presumir la voluntad del difunto, la presume menos tal como ha sido que tal como debía ser. Así, pues, la ley confiere las sucesiones, no según la voluntad del hombre, sino según sus *deberes* (2). Interpretada de esta manera, la teoría de Grotius es idéntica á la de Domat y á la del derecho consuetudinario. La ley es más sabia que el hombre, dicen los intérpretes de las costumbres; ella distribuye los bienes según la vocación de la naturaleza, es decir, conforme á la justicia eterna. El hombre ceja bajo esta justicia que no es más que la voluntad de Dios; hé aquí como es que, á pesar de la facultad de testar, la sucesión legítima es, de hecho, la regla, y la sucesión testamentaria la excepción. Esto equi-

1 Grotius, "De jure belli," II, 6, 13.

2 Pufendorf, "Derecho de la naturaleza," traducción de Barbeyrac, t. 2º, p. 344.

vale á decir, en último análisis, que el orden de las sucesiones se funda en los deberes del hombre (1).

482. Y ¿acaso cesa la teoría del código civil? Antes de responder á la pregunta, preciso es que interroguemos al derecho romano. Sábese, y más adelante lo diremos, que el sistema de concesión consagrado por el código es una transacción entre el derecho consuetudinario y el romano. Nosotros conocemos la tradición del derecho consuetudinario, y es preciso escuchar también á los jurisconsultos romanos; solamente entonces podremos decidir si los autores del código se han inspirado en una de las tradiciones más bien que en la otra. El derecho hereditario de los romanos difiere completamente del de las costumbres: diríase que son dos derechos enteramente contrarios. Abramos las Doce Tablas, encontramos en ellas una fórmula imperiosa: "lo que el padre de familia haya dispuesto en su testamento tendrá fuerza de ley." La voluntad del hombre es la que predomina; él tiene un poder ilimitado, absoluto para sustituir al heredero que se le antoje (2). Hé aquí, en apariencia, la contra de las costumbres: la sucesión no está ya fundada en un deber, ya no es la ley la que, en razón de su sabiduría, supera la voluntad del hombre; la voluntad del padre de familia tiene fuerza de ley. A falta de testamento hay, es cierto, una sucesión *ab intestato*; pero esta misma sucesión depende del padre de familia, es siempre una derivación de su poder absoluto. ¿Cuáles son los primeros herederos llamados á suceder? Los herederos *suyos*: llámaseles así para marcar que están bajo la inmediata potestad del padre de familia en el momento en que éste muere: luego ésta no es la familia natural,

1 Compárese Toullier, II, 2, núms. 128 y 129, edic. de Duvergier.

2 Ulpianus, XI, 14, L., 120, D., "de verb. sign. Verbis legis XII Tabularum his: Utilegassit suæ rei ita jus esto, latissima potestas trilentia videtur, heredes instituendi."

la de la sangre que Dios instituye, sino una familia facticia que se extiende ó se restringe á voluntad del jefe que es el amo de ella; los hijos adoptivos están comprendidos, y excluidos los emancipados. Y si los hijos heredan, no es porque la naturaleza así lo quiera, sino porque tal es el capricho del padre de familia. Decimos que su capricho; en efecto, de él depende desheredar á sus hijos; él podía matarlos, dice el jurisconsulto Paulo, luego con mayor razón podía desheredarlos (1). El derecho primitivo de Roma se modificó; la equidad y la naturaleza penetraron en él, pero nunca pudo decirse que la sucesión legítima era la regla y el testamento la excepción: el texto de las Doce Tablas subsistía. Luego el hombre, y no Dios, era quien hacia los herederos. En este orden de cosas, la sucesión *ab intestato* era una excepción que no tenía lugar, como lo dice la palabra, sino cuando el difunto no testaba. Por lo tanto, esta sucesión debía regirse por la voluntad del testador; se podía, en consecuencia, decir al pie de la letra que la sucesión legítima era el presunto testamento del difunto.

483. La doctrina del derecho romano ha causado ilusiones. Domat, grande admirador de las leyes romanas, creyó que la herencia de los herederos *suyos* reproducía la regla del derecho consuetudinario que considera á los hijos como co-propietarios de los bienes que heredan. "Los bienes de los padres, dice él, eran propios de sus hijos, y los de los hijos propios de los padres; por consiguiente, ellos consideraban su herencia recíproca no tanto como una herencia que les hace adquirir un nuevo derecho, sino como una continuación del que parecía hacerlos dueños de los bienes unos de otros. Esto, en efec-

1 "Licet eos exheredare, quos et occidere licebat" Paulus, L. I, D. "De lib. et post. (XXVIII, 2).

to, se lee en el Digesto (1), y á primera vista se creería que es la co-propiedad del derecho germánico. ¡Pero qué diferencia en el espíritu de los dos derechos! Hay un abismo entre ambos. En Roma, lo que domina en la familia como en el Estado es la idea de la potestad. Entre los germanos, la base del derecho de sucesión, así como el vínculo de la familia, es la idea del deber. El deber implica un derecho del heredero, y no hay otro que sea más sagrado, puesto que tiene su origen en Dios. Un escritor moderno se ha dejado engañar por las apariencias. Taulier escribe que el secreto del *despotismo testamentario* de las Doce Tablas le parece que está en el valor individual del hombre que los primeros romanos exaltaban en sumo grado (2). ¡Singular error, en que no obstante, incurren todos los admiradores de Roma! La individualidad es la más alta expresión de lo que nosotros llamamos libertad, y ¿cómo habrá de proceder ésta del despotismo? Domat, por más que tenga cierta predilección por el derecho romano, conforme al cual ha escrito, lo ha apreciado mejor.

Domat niega que el hombre tenga un poder absoluto para disponer de sus bienes, supuesto que la equidad natural llama á las sucesiones á los parientes cercanos. Luego debe tenerse como regla general, que deben darse los bienes del difunto á los herederos, á menos que haya una causa justa para privarlos de ellos. Así es que Domat mantiene la sucesión *ab intestato* como regla, no debiendo ser más que una excepción la sucesión testamentaria. De aquí infiere que si el legislador consagra el derecho de testar, no es porque quiera dar á entender que deja una li-

1 L. 11, D., "de lib. et post. (XXVIII, 2); "Insuis heredibus evidentiis apparet continuationem domini eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur."

2 Taulier, "Teoría del código civil," t. 3º, ps. 37 y siguientes.

bertad indiscreta para hacer todo género de disposiciones justas ó injustas. El derecho de testar no se otorga sino con la condición de que las cláusulas de una escritura tan sería, sean razonables. Sólo que como es imposible apreciar con exactitud los motivos que ha podido tener el testador para apartarse del orden legal de las sucesiones, ha sido preciso dar validez á los testamentos aun cuando pareciesen contrarios á la equidad natural que debe reinar en la transmisión de los bienes por vía de herencia. De todos modos, en el espíritu de la ley, el derecho de testar no es justo sino cuando se ejerce conforme á esa máxima de equidad.

Domat hace constar en seguida que los dos derechos que en su tiempo reinaban en Francia han organizado las sucesiones de una manera diversa; el derecho romano deja cada cual libertad completa para arreglar sus disposiciones por propia voluntad; las costumbres, al contrario, no dejan á los particulares la libertad de no guardar ningún miramiento á la equidad natural que llama á los próximos parientes á las sucesiones; ellas han limitado la facultad de disponer para toda clase de personas indistintamente, pensando como lo expresa Bourjon, que la ley es más sabia que los hombres. ¿Cuál de estas jurisprudencias es la mejor? Domat juzga admirablemente el espíritu de las leyes romanas. "Parece, dice él, que esta libertad general é indefinida de disponer de todos sus bienes haya sido una consecuencia de ese espíritu de *dominio* del cual se ven tantas pruebas en toda la conducta de los romanos, desde su origen, sea respecto á los demás pueblos que habían sometido, sea respecto á sus propias familias, en donde ellos se habían tomado un derecho absoluto de vida y de muerte no sólo sobre sus esclavos, sino sobre sus hijos. Conforme á dicho espíritu, se habían tomado la libertad de disponer á su antojo de todos sus bienes y de privar

de ellos, no sólo á sus próximos parientes, sino á sus mismos hijos, y sin causa alguna (1).

484. Así es que la pretendida *libertad*, no era otra cosa que la potestad absoluta del padre de familia, es decir, el *despotismo*. El espíritu de las costumbres era el de conservar los bienes en las familias. Domat dice de qué diferentes maneras trataban aquéllas de alcanzar su objeto. El estudio asiduo de las leyes romanas le ha dado el gusto por la unidad, él desearía una misma regla para todas las provincias y si hubiera tenido que formularla, ciertamente que habría dado la preferencia al derecho consuetudinario. Esta revolución que Domat no se atrevía á esperar, se llevó á cabo en 89. Nos queda por ver si el espíritu del código civil es el de Roma ó el de las costumbres. Anticipadamente hemos contestado la cuestión. Nuestro código ignora la idea de potestad; los que lo escribieron se inspiraron en la equidad del derecho consuetudinario y no en el rigor romano. Nosotros hemos comprobado esta filiación al tratar de la patria potestad (t. VI, núms 257-259). Volvemos á hallarla en el sistema de las sucesiones. Y desde luego ¿cuál es el principio dominante de nuestro orden de sucesiones? ¿Es la sucesión *ab intestato*, que es la regla, ó es la sucesión testamentaria?

El orador del gobierno que ha expuesto los motivos del título de las *Sucesiones* habla como Grotius, y ya vimos que la doctrina de éste es en el fondo la de Domat, es decir, la de las costumbres: "El legislador, llamado á trazar un orden de sucesiones, debe penetrarse de todos los afectos *naturales* y *legítimos*: él dispone por todos los que mueren sin haber dispuesto. La ley presume que ellos no han tenido más voluntad que la suya, luego ella debe pronunciarlo instante de su vida, si él hubiera podido ó si hubiera

1 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, lib. I, Prefacio, núms. 6 y 7, ps. 326 y siguientes.

ciar como el mismo difunto habría pronunciado en el último querido explicarse (1)." Al decir que la sucesión *ab intestato* es el presunto testamento del difunto, Treilhard no quiere dar á entender que el legislador debe amoldarse á los caprichos y á las pasiones del hombre. Y aun es esto una cosa imposible; porque la ley es una regla general y las pasiones humanas varían hasta el infinito. Domat dice también que la ley de amor debe reinar en la familia, pero el amor gobernado por la razón, inspirado por el sentimiento del deber, ó como dice Treilhard, el afecto *natural* y *legítimo* del difunto hacia sus próximos parientes, los herederos de la sangre que Dios mismo le ha dado. Chabot, el dictaminador del Tribunado, se expresa en el mismo sentido (2). En el antiguo régimen y á consecuencia del espíritu aristocrático que reinaba en el orden político, se habían singularmente alterado los afectos naturales y legítimos: el primogénito de los hijos, el varón, se llevaba casi toda la herencia; las hijas eran reelegadas á un convento cuando con su débil dote no encontraban un partido de matrimonio, y los hermanos menores entraban al ejército. ¿Acaso el legislador va á respetar este espíritu de desigualdad que persistía en muchas familias? El, por el contrario, destierra todo privilegio en el orden de sucesiones; lo norma no según las pasiones de los hombres, sino según la *naturaleza* y la *justicia*.

El legislador francés no siempre ha permanecido fiel á este espíritu de justicia natural. Vivamente se le ha reprochado que haya relevado al cónyuge superviviente entre los sucesores irregulares, más adelante insistiremos en esta crítica, á la cual nos asociamos. Pero esto no es más que una excepción, una mancha, si se quiere, ó por mejor

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 2 (Loché, t. 5º, p. 90).
2 Diotamen de Chabot en el Tribunado, núms. 12 y 24 (Loché, tomo 5º, ps. 107 y 115).

decir, una equivocación, como lo veremos. De todos modos, el código sigue generalmente el orden de los afectos naturales, tal como lo entendía Domat. Háse dicho que los autores del código habían transado entre las dos jurisprudencias que reinaban en Francia: al momento diremos en qué concepto es esto cierto. Lo que importa hacer observar, es que la transacción se ha operado bajo la influencia de la tradición consuetudinaria. ¿Cuál es el carácter distintivo de nuestro sistema de sucesiones? La división por líneas de toda sucesión que toca á los ascendientes y á los colaterales; los países de derecho escrito ignoraban este principio, que la nueva legislación les ha impuesto. ¿Y de dónde procede dicho principio? De las costumbres. Toullier dice que esta división por líneas, así como la exclusión de las mujeres, prueban hasta la evidencia que la sucesión *ab intestato* no descansa en el afecto presumible del difunto. Ciertamente que no, si con ello se quiere dar á entender el amor del difunto hacia sus deudos. Sí, si por esa ley de amor se comprende la ley del deber como lo explicaba Domat. Los bienes pertenecen á los herederos de la sangre: Dios los llama á la sucesión, y la ley del deber domina los afectos particulares. Tal es el principio fundamental de nuestro orden de sucesiones. Luego es una idea moral la que en ellas domina; la del deber, y con esto es superior al derecho romano que sólo conoce la idea de potestad. Sin embargo, la verdad es que los autores del código han tomado algo también de la legislación romana, y vamos á probarlo. Por de pronto, nos limitamos á hacer notar que el código no reproduce las restricciones que las costumbres habían impuesto al derecho de testar. Salvo el derecho de los reservatarios, la libertad del testador es ilimitada. Este es el principio romano. Si se lleva al extremo, es incompatible con el derecho de los herederos de la sangre que domina en la sucesión *ab intestato*.

La conciliación sólo es posible si con Domat se acepta que la sucesión *ab intestato* es la regla, y la sucesión testamentaria la excepción. Esto no es más que la conciliación del deber con el derecho. El deber antes que todo, el derecho no debe ser más que un medio para cumplir el deber.

cipio del código civil: las sucesiones se confieren por órdenes y éstos son los del derecho romano (art. 731). La ley de la naturaleza es la que da los bienes del difunto á sus hijos, y á falta de éstos, á los ascendientes, y después, á los colaterales. En el seno de cada orden, la proximidad del grado decide acerca de la preferencia: el más cercano excluye al más lejano, sin distinguir la línea á que pertenecen. Tampoco se distingue la naturaleza ni el origen de los bienes: no existe vínculo de parentesco entre las cosas, se decía, y sólo lo hay entre las personas. Todos los bienes que poseía el difunto, muebles ó inmuebles, adquiridos ó bienes hereditarios, no formaban más que una sola masa, un solo patrimonio; y el pariente más próximo, según el orden al cual pertenecía, y conforme á su grado de parentesco, recogía el patrimonio sin ningún privilegio de sexo ni de edad.

487. Nada tan sencillo como este orden de sucesiones. Portalis lo ha elogiado mucho al declarar que la Novela de Justiniano estaba redactada íntegramente con miras de consecuencia y de equidad natural (1). El olvida las justas pretensiones de las familias, que para nada tenía en cuenta el derecho romano. Si el difunto ha fallecido sin dejar en su herencia más que bienes procedentes de su familia paterna ¿quién heredará? A falta de descendientes y ascendientes, será el colateral más próximo. Si este colateral es un pariente materno, adquirirá todos los bienes que provienen exclusivamente de la familia paterna. ¿Esta no tiene derecho para reclamar? Esto ciertamente que no es una orden que se remonte hasta Dios mismo; los parientes que pertenecen á la familia paterna encontraron en esta bienes accesorios de la vida, según la expresión de Domat, y un extraño viene á arrebatárselos. El derecho

1 Portalis, Discurso preliminar, núm. 95 (Loché, t. 1º, p. 182).

CAPITULO III.

LA SUCCESION ROMANA Y LA SUCCESION DEL DERECHO CONSUECUDINARIO.

485. Hasta la publicación del código civil, la Francia se dividía en países de derecho escrito y en países de derecho consuetudinario. En los primeros se seguía el derecho romano, y en lo concerniente á sucesiones, el sistema establecido por Justiniano en la Novela 118. En los otros seguíanse las costumbres; éstas varían en materia de sucesión como en todo, de una provincia, de una ciudad á la otra. Existían, sin embargo, rasgos comunes, todos con el sello germánico, pero profundamente modificado por el feudalismo y el régimen aristocrático que dominaba en Francia antes de la Revolución. Los autores del código civil tomaron algo del derecho romano y algo de las costumbres; de aquí una obra de transacción que no puede comprenderse sino cuando se conocen los rasgos generales, al menos, de los dos sistemas de sucesión que regían en la antigua Francia.

§ 1.—EL SISTEMA ROMANO.

486. La Novela de Justiniano llama sucesivamente á la herencia á tres clases de parientes: á los descendientes, á los ascendientes y á los colaterales. Tal es también el prin-

romano desconocía los intereses de la familia; ya veremos cómo las costumbres le daban una satisfacción completa

§ II.—EL SISTEMA CONSUECUDINARIO.

Núm. I.—El principio.

1.—Los derechos de la familia.

488. En las *Institutas consuetudinarias* de Loysel se lee: "Mientras el vástago tiene tronco, no se bifurca." ¿No quiere decir esto que, en tanto que dure la línea directa no tiene lugar la colateral? El orden de los descendientes es tan natural, que casi no hay diferencia entre el derecho romano y las costumbres; los hijos recogen la herencia íntegra, la naturaleza y el origen de los bienes; estas distinciones no tenían razón de ser respecto de ellos, supuesto que pertenecen á ambas familias. Había otras distinciones resultantes de los privilegios de primogenitura y masculinidad; estas desigualdades tan contrarias al derecho romano, habían penetrado también en los países de derecho escrito á prueba de que se debían á causas políticas y sociales de una fuerza irresistible. Más adelante las aprovecharemos.

489. Cuando no había descendientes, la sucesión se confería á los descendientes y á los colaterales, no conforme á la proximidad del parentesco, sino según la naturaleza de los bienes, y de modo que los inmuebles volviesen siempre á la familia de la cual habían llegado hasta el difunto; á este efecto, se distinguían los bienes en muebles é inmuebles, y estos últimos en propios y gananciales. La gran preocupación de las costumbres era que los inmuebles se conservaran en las familias, y poco caso se hacía de los muebles. Conforme á una regla universalmente adoptada por las costumbres, los inmuebles que el difunto había recibido de su familia paterna se conferían á los parientes

paternos, y á los maternos se les atribuía aquellos que el difunto había heredado de la familia materna. Tal es el sentido de esta máxima célebre: *paterno paternis, materna maternis*. La máxima sólo se aplicaba á los bienes *proprios* ó libres. Los *proprios*, dice Pothier, son las herencias de nuestros abuelos ú otros parientes, que ellos nos han transmitido por sucesión ó por otro título cualquiera equivalente á sucesión. Las herencias que no son de propios se llaman *adquiridas*, sea cual fuere el medio como los hayamos adquirido. Era cuestión diversamente resuelta por las varias costumbres, la de saber á qué parientes había que atribuir los principios paternos y maternos: las unas que se llamaban *troncales*, se remontaban hasta el que por primera vez había adquirido el inmueble, y afectaban á los que descendían de ese primer adquirente: otras, y era el mayor número, las atribuían no sólo á los descendientes, sino á todos los parientes del primer adquirente; se las llamaba costumbres de lado ó de línea para marcar que bastaba con ser pariente colateral para heredar los propios (1).

490. Loysel en sus *Institutas consuetudinarias* dice: "Los propios no se remontan, pero vuelven á los parientes más próximos del lado de donde han llegado al difunto" (2). Dedúcese de aquí que los ascendientes no heredaban los propios. Esto es demasiado absoluto. Así pasaban las cosas en el antiguo derecho consuetudinario; la costumbre de Auvernia llegaba hasta decir que los ascendientes no heredan á los descendientes. "En nuestros días, dice Pothier, esta regla no significa otra cosa, sino que la herencia propia de una familia no se remonta á los ascendientes de otra familia; que el padre y otros ascendientes paternos son, en consecuencia, excluidos de la su-

1 Pothier, "Introducción á las costumbres."

2 Loysel, lib. II, tít. V, regla 16.

romano desconocía los intereses de la familia; ya veremos cómo las costumbres le daban una satisfacción completa

§ II.—EL SISTEMA CONSUECUDINARIO.

Núm. I.—El principio.

I.—Los derechos de la familia.

488. En las *Institutas consuetudinarias* de Loysel se lee: "Mientras el vástago tiene tronco, no se bifurca." ¿No quiere decir esto que, en tanto que dure la línea directa no tiene lugar la colateral? El orden de los descendientes es tan natural, que casi no hay diferencia entre el derecho romano y las costumbres; los hijos recogen la herencia íntegra, la naturaleza y el origen de los bienes; estas distinciones no tenían razón de ser respecto de ellos, supuesto que pertenecen á ambas familias. Había otras distinciones resultantes de los privilegios de primogenitura y masculinidad; estas desigualdades tan contrarias al derecho romano, habían penetrado también en los países de derecho escrito á prueba de que se debían á causas políticas y sociales de una fuerza irresistible. Más adelante las aprovecharemos.

489. Cuando no había descendientes, la sucesión se confería á los descendientes y á los colaterales, no conforme á la proximidad del parentesco, sino según la naturaleza de los bienes, y de modo que los inmuebles volviesen siempre á la familia de la cual habían llegado hasta el difunto; á este efecto, se distinguían los bienes en muebles é inmuebles, y estos últimos en propios y gananciales. La gran preocupación de las costumbres era que los inmuebles se conservaran en las familias, y poco caso se hacía de los muebles. Conforme á una regla universalmente adoptada por las costumbres, los inmuebles que el difunto había recibido de su familia paterna se conferían á los parientes

paternos, y á los maternos se les atribuía aquellos que el difunto había heredado de la familia materna. Tal es el sentido de esta máxima célebre: *paterno paternis, materna maternis*. La máxima sólo se aplicaba á los bienes *proprios* ó libres. Los *proprios*, dice Pothier, son las herencias de nuestros abuelos ú otros parientes, que ellos nos han transmitido por sucesión ó por otro título cualquiera equivalente á sucesión. Las herencias que no son de propios se llaman *adquiridas*, sea cual fuere el medio como los hayamos adquirido. Era cuestión diversamente resuelta por las varias costumbres, la de saber á qué parientes había que atribuir los principios paternos y maternos: las unas que se llamaban *troncales*, se remontaban hasta el que por primera vez había adquirido el inmueble, y afectaban á los que descendían de ese primer adquirente: otras, y era el mayor número, las atribuían no sólo á los descendientes, sino á todos los parientes del primer adquirente; se las llamaba costumbres de lado ó de línea para marcar que bastaba con ser pariente colateral para heredar los propios (1).

490. Loysel en sus *Institutas consuetudinarias* dice: "Los propios no se remontan, pero vuelven á los parientes más próximos del lado de donde han llegado al difunto" (2). Dedúcese de aquí que los ascendientes no heredaban los propios. Esto es demasiado absoluto. Así pasaban las cosas en el antiguo derecho consuetudinario; la costumbre de Auvernia llegaba hasta decir que los ascendientes no heredan á los descendientes. "En nuestros días, dice Pothier, esta regla no significa otra cosa, sino que la herencia propia de una familia no se remonta á los ascendientes de otra familia; que el padre y otros ascendientes paternos son, en consecuencia, excluidos de la su-

1 Pothier, "Introducción á las costumbres."

2 Loysel, lib. II, tít. V, regla 16.

cesión de los propios maternos por los parientes colaterales de la familia á quienes están afectos estos propios, por lejano que sea el grado en que se encuentren, y que, recíprocamente, la madre y los ascendientes maternos son excluidos de la sucesión de los propios maternos por los parientes colaterales de la familia paterna (1). De todos modos, por aplicación de esta regla, un pariente colateral, muy lejano y desconocido del difunto, recogía los bienes de preferencia al padre ó á la madre. Esto prueba que el cariño del difunto no era la base del derecho de sucesión, sino que, más bien, era el deber, porque los parientes, por remotos que fuesen, tienen derecho á los bienes de la familia en la cual entran, como á lo accesorio de la vida, y el deber es superior al afecto.

491. En cuanto á los muebles y á los bienes adquiridos, no se les consideraba como bienes de familia; á los muebles, porque pasaban con suma facilidad de unas manos á otras; á los inmuebles, porque acababan de entrar á la familia por una venta ú otro contrato, y de la familia podían salir de nuevo; en manos del primer heredero, se reputaban como *propios naciotes*; sólo á la segunda generación echaban raíces en la familia. Antes de esto se atribuían, aquí á los descendientes, allí á los ascendientes en concurso con los hermanos y hermanas del difunto. La sucesión en los muebles y bienes adquiridos, conferida según el principio romano de la proximidad del parentesco, satisfacía otro deber del difunto, el de proveer á las necesidades de sus próximos parientes. Había, sin embargo, esta diferencia entre la sucesión romana y la consuetudinaria, y es que ésta tenía en cuenta el interés de las dos familias, aun cuando repartía los muebles y los bienes adquiridos entre los parientes más próximos: generalmente la división se

1 Pothier, "Tratado de las sucesiones," cap. II, art. 2.

hacia por mitad entre la línea paterna y la materna del difunto.

II. Los privilegios.

492. Los privilegios en materias de sucesión se derivan todos del espíritu feudal ó aristocrático. Se concibe que se otorgue un privilegio á fin de conservar las grandes fortunas, base inamovible que parecía dar á las familias nobles la misma solidez que al suelo. Pero llama desde luego la atención ver que otras costumbres fijan su privilegio, es decir, una sucesión especial á los bienes nobles; hay que preguntar si una mota de tierra puede ser noble ó pechera. Y es que el carácter distintivo del régimen feudal era precisamente fijar la soberanía á la posesión del suelo; cuando desapareció el feudalismo político, el espíritu que lo animaba persistió en el feudalismo civil. De aquí dimana esa singular división de los bienes en nobles y plebeyos, división que daba lugar á una sucesión particular para la nobleza y la clase plebeya. Pero hay que cuidarse de creer que hubiese reglas generales, idénticas en todas partes, para los privilegios que dimanaban de la calidad de las personas ó de los bienes. Lo que, por el contrario, distingue al feudalismo y á todas las instituciones políticas y civiles que á él se refieren, es una diversidad infinita. Mientras que tal costumbre quería que los bienes poseídos noblemente se repartieran de una manera y los del estado llano de una manera diferente, otras costumbres confundían aun las categorías. Unas sólo á los nobles concedían el derecho de primogenitura, otras también á los plebeyos. Igual diversidad en los detalles: costumbres había que sólo admitían el derecho de primogenitura en la línea directa, y otras lo entendían á la línea colateral, y así sucesivamente (1).

1 Chabot, Dictamen rendido al Tribunado, núm. 31 (Loché, t. 5^o, p. 114).

493. También variaban infinitamente las costumbres acerca de la exclusión de las hijas. Esta es una desigualdad que está en oposición diametral con el derecho que otorga el nacimiento á todo hijo en los bienes de la familia en donde Dios lo hizo nacer. Tampoco el afecto explica la exclusión de las hijas, como no explica el privilegio de la primogenitura; comprobemos en primer lugar, los hechos, y luego veremos cuál ha sido su razón de ser. La tendencia general de las costumbres era excluir á las mujeres por interés de los varones, ó por mejor decir, por interés de las familias que se perpetúan con los varones, mientras que con las hembras se extinguen. Había, además, una multitud de diferencias en los detalles. Aquí el padre noble era el único que tenía el derecho de excluir á su hija, y tal era sin duda el derecho primitivo. El privilegio acaba por extenderse al estado llano. Pero el principio de la igualdad se mantuvo en el seno de la desigualdad: para que la hija fuese excluida se exigía que hubiese recibido una dote. ¿Quién debía dotar? ¿El padre solo, ó el padre y la madre? ¿la dote excluía también de las sucesiones colaterales? ¿cuál era la cuantía de la dote? Acerca de este último punto desgraciadamente estaban contestes todas las costumbres conformándose con la dote la más módica, aun cuando fuese un sombrerillo adornado con rosas. No desdeñemos este tocado, porque es una protesta á favor de la igualdad, que acabará por sobreponerse á las preocupaciones aristocráticas.

494. Existía otra sucesión privilegiada que dependía únicamente de la voluntad del difunto; cosa extraña en un orden de ideas que excluía lo arbitrario del hombre, subordinándolo á la sabiduría de la ley. Estas eran las substituciones fideicomisarias perpetuas. El jefe de familia inmovilizaba su patrimonio, lo hacía inalienable para las futuras generaciones, á fin de asegurar el esplendor de su

casa contra la movilidad de las pasiones humanas. En apariencia, en esto ya no es la ley la que cria al heredero, sino el hombre. En realidad, si el hombre impone su voluntad hasta en el porvenir, es para garantir mucho más la conservación del patrimonio en el seno de las familias. En este sentido, las substituciones estaban en armonía con el espíritu del derecho consuetudinario.

Núm. 2. Apreciación.

1. De la co-propiedad de familia.

495. Tales son los rasgos generales de la sucesión consuetudinaria. ¿Cuál es el principio en el cual reposa? Ella debe tener sus raíces en las costumbres germánicas, supuesto que es particular á los pueblos de raza germánica. Un escritor alemán, cuya autoridad es grande en Francia, Zachariæ, contesta que la sucesión consuetudinaria estaba fundada en la idea de una co-propiedad de familia que se encontraba en el antiguo derecho germánico y que de aquí pasó á las costumbres. Veamos cómo definen esta co-propiedad los diferentes miembros de una misma familia que eran considerados como co-proprietarios en el total de los inmuebles que cada uno de ellos había recogido en las herencias de sus parientes comunes. Esta co-propiedad no era un derecho actual en el sentido de que cada pariente tuviera el derecho de disponer y de disfrutar de la cosa; se realizaba al fallecimiento de aquél que poseía los propios de familia á título de heredero, y no se realizaba sino en provecho de los parientes llamados á la herencia según el orden legal de las sucesiones (1).

Volveremos á ocuparnos de esta idea de co-propiedad al tratar de la toma de posesión de la herencia; Zachariæ le presta demasiada extensión y le atribuye una influencia exagerada. Sin embargo, se puede adoptar tal como aca-

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pfo. 588, p. 156.

bamos de definirla. Domat, aunque extraño á los estudios germánicos, interpreta la toma de posesión en el mismo sentido. Conócese la máxima consuetudinaria, formulada por Loysel en los siguientes términos: "la muerte hace que se apodere el vivo, el heredero más próximo hábil para heredar." Los hijos y otros descendientes, dice Domat, se reputan en cierto modo dueños de los bienes del padre y la madre, abuelo ó abuela, aun antes de que éstos mueran. Y cuando esto acontece, no es tanto una sucesión lo que los hijos adquieren cuanto la continuación de un derecho que ya tenían, con esta diferencia entre este derecho y la herencia, que mientras que durante la vida del ascendiente al cual heredan, tenían ellos como en parte sus bienes con aquél, y que su posesión se les conservaba, ellos sólo tienen el derecho entero á los bienes después de la muerte del ascendiente (1).

Preciso es que haya algo cierto en la idea de una co-propiedad de familia, al menos entre próximos parientes, tales como ascendientes y descendientes, porque se encuentra en los jurisconsultos romanos de donde Domat la ha tomado. Con un rigor habitual, esos jurisconsultos nos dicen que los herederos *suij*os eran ya en vida de aquél á quien heredan co-propietarios en los bienes que heredan, y agregan que esto es una cuasi-continuación del dominio que pertenecía al difunto (2). Este derecho á los bienes que continúa después de la muerte del difunto en provecho de sus parientes más próximos ¿no es la expresión material de la solidaridad que une á los miembros de una misma familia? Que la sangre sea un vínculo, jamás se ha puesto en duda. Los que reconocen una primera causa y una providencia, tampoco negarán que el vínculo de sangre que une á los miembros de una familia se relaciona

1 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, lib. I, sec. II, núm. 13.
2 Párrafo 3, "Institut., de heredit., quæ ab intest (111, 1).

con Dios. ¿Se limita al parentesco? ¿ó el parentesco debe tener consecuencias en lo concerniente á los bienes materiales? Aquí también la voz de la naturaleza contesta con Domat que Dios da los bienes como accesorios de la vida, y como diríamos hoy, como instrumentos de desarrollo intelectual y moral.

496. Entre los pueblos de raza germánica, la co-propiedad de familia se manifestaba ya en vida del poseedor actual de los propios, y ha tenido eco prolongado en las diversas instituciones consuetudinarias que se relacionan con la herencia. La misma base de la familia es muy diferente entre los germanos y los romanos. En Roma, la familia se concentra en su jefe, y descansa en la omnipotencia de éste: el cual extiende la familia por adopción y la destruye por emancipación. Los germanos reconocen también grande autoridad en el jefe, pero ya no es la idea de potestad lo que forma la base de la familia, sino la sangre, el nacimiento: el elemento providencial toma el lugar de lo arbitrario humano. El jefe no puede ya arrebatarse al hijo, emancipándolo, los derechos que debe á la naturaleza; del mismo modo no puede privarlo de los bienes á los que le da derecho el nacimiento en el seno de la familia; ni siquiera le es permitido disponer de sus bienes á voluntad, y no puede enajenarlos sino con el consentimiento de sus futuros herederos (1). Los hijos figuran en los antiguos diplomas como partes necesarias al enajenarse los propios, y aun cuando no se les convocara, tenían el derecho de promover la nulidad. Citarémos un ejemplo, curioso por muchos conceptos, de fines del siglo décimo. Un barón funda un monasterio para remedio de su alma, según la fórmula cosabida; lo dota ampliamente, contando con que

1 Lex Saxon, tit. XVII; Rotharis, lib. CLXXIII; Pex Ripuar, título LIX.

las liberalidades que otorga á la Iglesia redimirán sus pecados. El fundador colocó á una de sus hijas al frente del monasterio, como abadesa. Pero él tenía otra hija; como ésta no había consentido en la donación, pidióse y obtuvo la nulidad, porque nadie podía, según la ley sajona, disponer de sus bienes sin el concurso de los suyos. Los colaterales, al menos los más próximos, los hermanos y hermanas, debían concurrir al acto (1).

497. Se encuentra también una vieja costumbre germánica en las más antiguas leyes consuetudinarias. La propiedad de los inmuebles no se transfería sino mediante ciertas solemnidades; hacíase intervenir á los *hoirs* (herederos), y esto con el mismo título que el poseedor actual. Todos debían presentarse ante el señor en un tribunal; los herederos abdicaban su derecho en favor del comprador, y figuraban, en consecuencia, como vendedores (2). Esta intervención de los herederos en los actos de enajenación de los propios, ya no existía cuando se redactaron las costumbres. Se había transformado en *retracto de linaje*; el heredero tenía el derecho de retraer el propio vendido, ofreciendo un precio igual al que el comprador había prometido. El *retracto* implica que el pariente que lo ejercitaba tenía en el bien vendido un derecho de dominio del cual no podía despojarlo el poseedor de la heredad: este era el cuasi-dominio por cuyo medio explica Domat la ocupación de la herencia. Cuando se redactó el código civil, la idea de una co-propiedad de familia se había disipado completamente, ó si se quiere, se había transformado; pero había dejado huellas profundas en el derecho de sucesión

1 Laboulaye, "Investigaciones sobre la condición política y civil de las mujeres," ps. 105 y siguientes. Compárese Guerard, "Cartulario de San Tere," t. 1º, p. 103 del Prefacio y ps. 222 y siguientes.

2 Véase el "Antiguo Consuetudinario de Artois," citado por Laboulaye, "Historia del derecho de propiedad raíz en Occidente," ps. 137 y siguientes.

consagrado por las costumbres: Treilhard, el orador del gobierno, dice que el deseo de conservar los bienes en las familias había hecho que se adoptara la distinción de los propios, es decir, de los bienes inmuebles sobrevenidos por sucesión. A ese mismo deseo atribuye las restricciones que las leyes ponían á la facultad de disponer de los propios. "El testador, dice Treilhard, no podía transmitir sus propios, ó no podía transmitir sino una parte muy pequeña; la ley le asignaba un heredero que no estaba en su poder hacer á un lado. Había costumbres más severas que prohibían la disposición, aun entre vivos, de los bienes que tomaban en sucesión. En una palabra, era tal la tendencia de conservar los propios en las familias, que la disposición de estos bienes á título oneroso, no era completamente libre: un pariente podía ejecutar el retracto sobre su adquirente." (1) De aquí provenían también las renunciaciones que se arrancaban á las hijas por su contrato de matrimonio. "La razón, dice Pothier, que ha hecho que se establezcan esas renunciaciones, ha sido la de conservar los bienes en la familia de aquel á cuya sucesión se hace renunciar á las mujeres en provecho de los varones, y sostener, por este medio, el esplendor del nombre." (2) Por último, Domat explica muy bien que la regla en cuya virtud los propios no se remontaban, tenía el mismo fundamento, y este escritor tan juicioso y de una moral tan severa, no vacila en justificar esta especie de exclusión. La regla que afecta los propios á la familia de la cual provienen, regla que se opone á que los propios se remonten, tiene su fundamento y su justicia en el mismo derecho natural que afecta los bienes á los deudos. "Porque, dice Domat, esta afectación de los bienes á los herederos por la sangre, se refiere, naturalmente, á los que son de la familia de donde

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. 5º, p. 92).

2 Pothier "Tratado de las sucesiones," cap. I, sec. II, pfo, 3º.

proviene los bienes. Lo que hace justa la regla que priva á los ascendientes de la propiedad de los propios de un descendiente provinientes de otra estirpe, á fin de que los bienes provinientes de una familia no pasen á otra." (1) La explicación de Domat hace que penetremos más profundamente en el espíritu del derecho consuetudinario que es lo que los autores del código civil llaman el deseo de conservar los bienes en las familias. Esto es más que un deseo, es un derecho, y el más sagrado de todos, puesto que se debe á la sangre y al nacimiento: lo que hace que se remonte hasta Dios mismo. Así, pues, Domat tomó á las costumbres su teoría de un derecho perteneciente al que nace en una familia sobre los bienes que ésta posee: el derecho á los bienes accesorios de la vida.

II. De los privilegios

498. Los antiguos autores se ven muy embarazados cuando investigan el origen de las reglas que caracterizan á la sucesión consuetudinaria. Educados en el estudio y en el culto del derecho romano, tendían á dar á las costumbres la autoridad que se ligaba con el derecho romano, derecho que pasaba por la razón escrita. Lebrun no vacila en decir que la célebre regla *paterna paternis* estaba tomada del derecho romano (2). Esto es un error evidente, porque los romanos no sabían lo que eran bienes propios y bienes adquiridos. Carlos Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, dice que la regla *paterna paternis* viene de los francos y de los burguñones, y que se extendió por una ordenanza de Carlomagno al país de los sajones (3). Gustábase en otras épocas de atribuir las instituciones célebres á algún gran legislador; hoy sabemos

1 Domat, "Leyes civiles," 2ª parte, lib. I, Prefacio, núm. 4.

2 Lebrun, "De las sucesiones," lib. II, cap. I, sec. II, núm. 8, página 151.

3 Dumoulin, *Conse.* p. 7ª, núm. 48.

que se ha exagerado en demasía el papel legislativo de Carlomagno; el derecho germánico era esencialmente de costumbres, y las leyes mismas no eran más que compilaciones de costumbres. Hay, no obstante, un instinto muy justo en la explicación de Dumoulin, y es que como las costumbres son de origen germánico, entre los germanos es en donde debe buscarse la tradición consuetudinaria, y no en Roma. Otros escritores, y de los más autorizados, tales como Basuage, atribuían las singularidades de las sucesiones consuetudinarias á la influencia del régimen feudal (1). Hay también algo de verdad en esta opinión, y el dalismo tiene sus raíces en las selvas de la Germania, como lo expresa Chonterquieu. Esto no quiere decir que el derecho feudal reproduzca el derecho germánico en toda pureza; las influencias de la conquista y del régimen, aristocrático que de ella emanó, modificaron profundamente las costumbres primitivas de los pueblos del Norte. De aquí dimanaban los privilegios que nos son hoy tan odiosos mientras que se veían con favor en el antiguo derecho.

499. Argou trata en un solo y mismo capítulo *Del derecho de primogenitura y de la sucesión de los feudos*. Estas materias, dice él, tienen tanto contacto que no hemos juzgado oportuno separarlas. En efecto, en los feudos es en donde los primogénitos toman su derecho, que no es otra cosa que una porción más ventajosa que la de los demás herederos en la sucesión que se va á repartir (2). Ciertamente que las leyes de los bárbaros ignoraban el derecho de primogenitura y Chabot hace observar que así fué hasta el advenimiento de la tercera raza, la de los capetos; ésta

1 Basuage, "Sobre la costumbre de Normandía," y Pontanus, "Sobre la costumbre de Blois," citadas por Merlin, en la expresión "Paterna paternis," sec. II, pfo. 1 (*Repert.* t. XXII, p. 384).

2 Argou, "Institución al derecho francés," t. 1º, p. 466.

es, en verdad, la época en que el régimen feudal se introdujo, y con el feudalismo, el privilegio de los primogénitos varones. En un principio, era menos un privilegio que una necesidad política. Los feudos diferían de todo á todo de la propiedad tal como los romanos la organizaron y tal como nuestras leyes la consagran.

El poseedor del feudo era un soberano: cada barón, dice Beaumanoir, es un rey en su dominio. Tratábase, pues, de saber si á la muerte del barón se dividiría su soberanía. Los bárbaros dividían los reinos como se dividen las haciendas; todavía con los descendientes de Carlomagno se ven algunas de estas particiones. Si se hubieran dividido los feudos, pequeñas soberanías limitadas con frecuencia al horizonte del valle, ¿qué habría venido á ser de los señores feudales? Se habrían desmenuzado hasta el infinito, es decir, que habrían dejado de existir. De aquí la necesidad de concentrar los bienes feudales en manos del hijo primogénito. Portalis se queja de esta influencia que la ley política ejerce en el orden de las sucesiones. "La ley política, dice él, se conduce más bien por la razón de Estado que por un principio de equidad; mientras que la ley civil se inclina más bien hacia la equidad, porque su oficio principal es arreglar los derechos y las conveniencias entre particulares, cuando la ley política se guía por miras de interés general." Así es, dice Portalis, como el derecho político inspiró las antiguas costumbres francesas, todas relativas al espíritu de la monarquía, que en todas partes quiere distinciones, privilegios y preferencias (1). Portalis se engaña al imputar á la monarquía los privilegios en materia de sucesión. Ellos se han establecido en el régimen feudal y en esta época la monarquía no existía todavía más que en germen. Después de todo, si la ley política domina á

1 Portalis, Discurso preliminar, núm. 95 (Loché, t. 1º, p. 182).

la ley civil, es porque es una necesidad; ¿se concibe que en el régimen feudal se haya mantenido la igualdad en la partición de los feudos, cuando la propiedad se había vuelto una especie de soberanía? El derecho civil necesariamente experimenta la influencia de la razón de Estado, porque esta razón de Estado es la que constituye la sociedad, y el derecho civil sólo en el Estado existe. Todo lo que pudiera reprocharse á la monarquía, es haber mantenido y aun extendido privilegios nacidos con el feudalismo y que habrían debido desaparecer con éste. Pero aun este reproche sería injusto. La antigua Francia era monárquica, y si se quiere una monarquía, deben quererse también las instituciones, sin las cuales, la monarquía no tiene raíces en las costumbres: primero era una necesidad en el régimen feudal, y después en el régimen aristocrático que procede de aquél. Chabot dice, no sin desdén, en su informe al Tribunado: "A imitación de los grandes, los plebeyos quisieron también crear ventajas considerables á los primogénitos con la esperanza de realzar sus familias, y el derecho de primogenitura se estableció para los bienes de los plebeyos, como lo había sido para los feudos." (1) Esta vanidad nobiliaria que el órgano del Tribunado critica, es, como el mismo Chabot lo confiesa, de la esencia de las monarquías. En nuestro días, que se democratizan las costumbres, nadie piensa en preferencias que ya no tendrían razón de ser.

500. Sucede lo mismo con la exclusión de las hijas. Más adelante veremos que esta exclusión se remonta á las leyes bárbaras; pero no era por espíritu de desigualdad, importa hacerlo constar, sino también por una necesidad política, y la más legítima de todas, la necesidad de la defensa nacional. Ya entre los germanos, como más tarde en el

1 Chabot, Informe núm. 24 (Loché, t. 5º, p. 114).

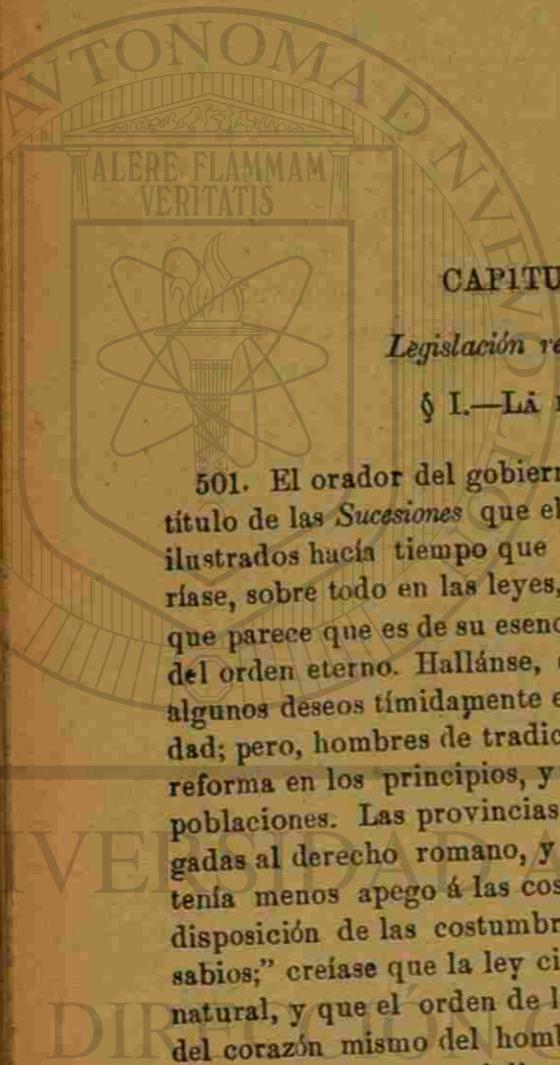
feudalismo, la propiedad imponía el servicio de las armas; ¿cómo las mujeres habían podido heredar un feudo, cuando no podían cumplir con las obligaciones inherentes a dicho feudo? Si el feudalismo se hubiese organizado en todo su rigor, las mujeres habrían quedado enteramente excluidas de las sucesiones, supuesto que no podían cumplir los deberes inherentes a la posesión del suelo. La voz de la naturaleza fué más fuerte que las necesidades políticas. Desde muy temprano, las mujeres fueron admitidas a suceder en los feudos, lo que acarreó la disolución del régimen feudal (1). El espíritu aristocrático, la vanidad nobiliaria ocuparon el lugar del feudalismo político, y hay que decirlo, la aristocracia degenerada fué más tenaz que la razón de Estado feudal. Chabot exhala acentos de cólera cuando habla de la desigualdad que reinaba en la sucesión consuetudinaria. "El orgullo feudal había sofocado todos los sentimientos de la naturaleza, y comunicándose dicho orgullo al estado llano, que con demasiada frecuencia no era más que servil imitador de los grandes, había quebrantado en todas las clases del pueblo todos los vínculos de las familias" (2). El espíritu del tribuno es el espíritu revolucionario, democrático. En el antiguo derecho, la exclusión de las hijas gozaba de señalado favor, así como el derecho de primogenitura. Lebrun hace su defensa poniéndose en el terreno, no de las preocupaciones nobiliarias, sino en el del derecho tradicional. "Los varones, dice Lebrun, son el apoyo de una familia y la perpetúan, mientras que las mujeres son el fin de la suya y el principio de una familia extraña" (3). Luego en la sucesión consuetudinaria hay otra cosa que no es la desigual-

1 Véanse "nuestros estudios sobre la historia de la humanidad," t. VI, ps. 550 y siguientes.

2 Chabot, "Informe al Trihunado," núm. 24 (Loché, t. 5º, p. 114).

3 Lebrun, "De las sucesiones," lib. II, cap. II, sec. I, núm. 2, página 174.

dad feudal; hasta en los privilegios derivados de la edad y del sexo, hay el deseo de conservar los bienes en las familias, y este deseo depende de una concepción de la familia, mucho más justa que la del derecho romano, porque se basa en la sangre, y la sangre viene del nacimiento, es decir, de Dios. Sólo que el derecho de sucesión de las costumbres estaba viciado por el espíritu nobiliario. La revolución de 89 proclamó la igualdad en el orden civil. Lo que habla en pró de las costumbres, es que en muchos conceptos las leyes revolucionarias siguieron apegadas a la tradición consuetudinaria, apartando los abusos del feudalismo para ceñirse al espíritu del derecho germánico.



CAPITULO IV.

Legislación revolucionaria.

§ I.—LA IGUALDAD.

501. El orador del gobierno dice en la Exposición del título de las *Sucesiones* que el voto de todos los hombres ilustrados hacía tiempo que anhelaba una reforma; que-riase, sobre todo en las leyes, dice Treilhard, esa unidad que parece que es de su esencia, puesto que son la imagen del orden eterno. Halláanse, en efecto, entre los legistas, algunos deseos tímidamente expresados á favor de la unidad; pero, hombres de tradición, casi no imaginaban una reforma en los principios, y en esto eran órganos de las poblaciones. Las provincias del mediodía eran muy apegadas al derecho romano, y en las del Norte casi no se tenía menos apego á las costumbres; allí decían que "la disposición de las costumbres era el testamento de los sabios;" creíase que la ley civil era la expresión de la ley natural, y que el orden de las sucesiones estaba tomado del corazón mismo del hombre (1). Esto explica cómo la reforma de las leyes civiles fué más lenta y menos radi-

1 Lebrun, "De las sucesiones," Prefacio; Bourjon, "El derecho común de la Francia," tit. XVII; "De las sucesiones," cap. I, núm. 1 (t. 1.º, p. 677).

cal que la del orden político. Con una noche de entusiasmo es suficiente para destruir el feudalismo político, pero los decretos de 4 de Agosto de 1789 lo dejaron subsistente en el orden civil. La primera ley que aplicó el hacha al viejo roble, cuyas seculares raíces penetraban hasta en las selvas de la Germania, fué la del 15 de Marzo de 1790, que suprimió los derechos de primogenitura y de masculinidad; éstos se arraigaban en la nobleza, en el espíritu aristocrático de la antigua Francia; ahora bien, la revolución de 89 se había operado, sobre todo, por odio á la nobleza; y en vano se habría abolido, porque habría conservado su influencia si hubiese retenido sus inmensos dominios concentrándolos en algunas familias poderosas; la abolición de los derechos de primogenitura y de masculinidad era la consecuencia forzosa de la abolición de la nobleza como cuerpo político. Hé aquí como la revolución social acarreó una revolución en el orden civil. En verdad que debemos felicitarnos de la influencia que la ley política ejerce en la ley civil; para reformar el derecho privado, dice Treilhard, necesitábase nada menos que uno de esos grandes acontecimientos que desarraigan los imperios y cambian la faz del mundo; necesitábase que un pueblo generoso conspirase todo él para establecer el reino de la igualdad sobre las ruinas de las distinciones y de los privilegios. ¿Podía haber tierras nobles cuando ya no había nobleza? ¿podía existir un privilegio en favor de los primogénitos varones cuando los nobles ya no eran apetecidos? (1).

502. Sin embargo, las preocupaciones mobiliarias existían aun fuera de la nobleza; la burguesía rica gustaba de sus privilegios de nacimiento, por lo menos tanto como la aristocracia feudal. La desigualdad en las particiones

1 "Monitor" de 5 de Abril de 1791, Discurso de Mirabeau sobre la igualdad de las particiones.

preexistió después de abolida la nobleza y sus privilegios. Un hombre de raza noble, el primogénito de una antigua familia, Mirabeau, fué quien en el último discurso que escribió, y que la muerte le impidió pronunciar, pidió la igualdad de las particiones en todas las familias. En ese discurso se leen estas hermosas frases: "que los franceses den el ejemplo y que no acaten más ley que la de la razón y la de la naturaleza. Si la naturaleza ha establecido la igualdad de hombre á hombre, con mayor razón de hermano á hermano." La asamblea nacional concedió el derecho al voto del gran revolucionario expidiendo la ley de 8 de Abril de 1791, cuyo art. 1º dice: "queda abolida de hoy en adelante toda desigualdad proveniente, entre los herederos *ab intestato*, de las calidades de primogénitos ó de segundos, de la distinción de los sexos ó de las exclusiones del derecho consuetudinario, sea en línea directa, sea en línea colateral; todos los herederos en grado igual sucederán por iguales porciones en los bienes que la ley les confiere..... En consecuencia, quedan abrogadas las disposiciones de las costumbres ó estatutos que excluían á las mujeres ó á sus descendientes del derecho de suceder con los varones ó con los descendientes de éstos."

Esta revolución en el orden civil era también una revolución moral. Las leyes que violan la naturaleza llevan fatalmente el desorden á las relaciones de familia; eso era etacar y arruinar el criterio moral hasta en el hogar que la naturaleza le ha dado como asilo. La totalidad de las sucesiones pertenecía á los barones, y entre éstos los primogénitos se llevaban casi todo, y los segundos eran tratados casi como mujeres. ¿Qué venía á ser de todos esos hijos desheredados? El relator del tribunado contesta que las más de las veces no tenían más recurso que sepultarse en los claustros, en donde gemían por el resto de su vida, víctimas inocentes de la barbarie de las leyes y de la du-

reza de los padres. ¿Cuáles debían ser las relaciones de estos hermanos y estas hermanas, cuya mayor parte se veían despojados de los bienes que Dios les había otorgado juntamente con la vida? La discordia y el odio, dice Chabot, reinaban allí en donde hubieran debido reinar el amor y la paz (1). Al restablecer la igualdad en la familia, la ley restablecía la base del orden moral.

503. La ley de 8 de Abril de 1791 agrega (art. I): "Quedan igualmente abrogadas las disposiciones de las costumbres que, en la partición de los bienes de un mismo padre ó de una misma madre, establecen diferencias entre los hijos nacidos de diferentes matrimonios." Esto era lo que se llamaba derechos de *devolución*. En virtud de este derecho, los bienes del superviviente de los esposos que volvía á casarse, estaban afectos á los hijos del primer lecho, con exclusión de los hijos del nuevo matrimonio. El cónyuge que contraía segundas nupcias no podía ya disponer de sus bienes, ni aun á título oneroso. La devolución existía, sobre todo, en las provincias belgas, pero era desconocida en el interior de la Francia (2). Este era también un privilegio, por más que nada tuviera de común con el feudalismo ni con la nobleza. Se quería indemnizar á los hijos del primer lecho del perjuicio que casi siempre sufren con un segundo matrimonio; pero al favorecer á los hijos del primer lecho, se vulneraban los derechos de los hijos que nacían del segundo matrimonio; hijos del mismo padre ó de la misma madre ¿por qué se les trataba con desigualdad? La igualdad es una ley de justicia, que debe reinar en todas las relaciones civiles.

§ II.—LA LEY DE NIVOSO.

504. La co-propiedad de familia nada de común tenía

1 Chabot, "Informe al Tribunado," núm. 24 (Loaré, t. 5º, p. 113).

2 Merlin, "Repert." en la palabra "Devolución," pfo. 2º (t. 8º, ps. 37 y siguientes).

preexistió después de abolida la nobleza y sus privilegios. Un hombre de raza noble, el primogénito de una antigua familia, Mirabeau, fué quien en el último discurso que escribió, y que la muerte le impidió pronunciar, pidió la igualdad de las particiones en todas las familias. En ese discurso se leen estas hermosas frases: "que los franceses den el ejemplo y que no acaten más ley que la de la razón y la de la naturaleza. Si la naturaleza ha establecido la igualdad de hombre á hombre, con mayor razón de hermano á hermano." La asamblea nacional concedió el derecho al voto del gran revolucionario expidiendo la ley de 8 de Abril de 1791, cuyo art. 1º dice: "queda abolida de hoy en adelante toda desigualdad proveniente, entre los herederos *ab intestato*, de las calidades de primogénitos ó de segundos, de la distinción de los sexos ó de las exclusiones del derecho consuetudinario, sea en línea directa, sea en línea colateral; todos los herederos en grado igual sucederán por iguales porciones en los bienes que la ley les confiere..... En consecuencia, quedan abrogadas las disposiciones de las costumbres ó estatutos que excluían á las mujeres ó á sus descendientes del derecho de suceder con los varones ó con los descendientes de éstos."

Esta revolución en el orden civil era también una revolución moral. Las leyes que violan la naturaleza llevan fatalmente el desorden á las relaciones de familia; eso era etacar y arruinar el criterio moral hasta en el hogar que la naturaleza le ha dado como asilo. La totalidad de las sucesiones pertenecía á los barones, y entre éstos los primogénitos se llevaban casi todo, y los segundos eran tratados casi como mujeres. ¿Qué venía á ser de todos esos hijos desheredados? El relator del tribunado contesta que las más de las veces no tenían más recurso que sepultarse en los claustros, en donde gemían por el resto de su vida, víctimas inocentes de la barbarie de las leyes y de la du-

reza de los padres. ¿Cuáles debían ser las relaciones de estos hermanos y estas hermanas, cuya mayor parte se veían despojados de los bienes que Dios les había otorgado juntamente con la vida? La discordia y el odio, dice Chabot, reinaban allí en donde hubieran debido reinar el amor y la paz (1). Al restablecer la igualdad en la familia, la ley restablecía la base del orden moral.

503. La ley de 8 de Abril de 1791 agrega (art. I): "Quedan igualmente abrogadas las disposiciones de las costumbres que, en la partición de los bienes de un mismo padre ó de una misma madre, establecen diferencias entre los hijos nacidos de diferentes matrimonios." Esto era lo que se llamaba derechos de *devolución*. En virtud de este derecho, los bienes del superviviente de los esposos que volvía á casarse, estaban afectos á los hijos del primer lecho, con exclusión de los hijos del nuevo matrimonio. El cónyuge que contraía segundas nupcias no podía ya disponer de sus bienes, ni aun á título oneroso. La devolución existía, sobre todo, en las provincias belgas, pero era desconocida en el interior de la Francia (2). Este era también un privilegio, por más que nada tuviera de común con el feudalismo ni con la nobleza. Se quería indemnizar á los hijos del primer lecho del perjuicio que casi siempre sufren con un segundo matrimonio; pero al favorecer á los hijos del primer lecho, se vulneraban los derechos de los hijos que nacían del segundo matrimonio; hijos del mismo padre ó de la misma madre ¿por qué se les trataba con desigualdad? La igualdad es una ley de justicia, que debe reinar en todas las relaciones civiles.

§ II.—LA LEY DE NIVOSO.

504. La co-propiedad de familia nada de común tenía

1 Chabot, "Informe al Tribunado," núm. 24 (Loeré, t. 5º, p. 113).

2 Merlin, "Repert." en la palabra "Devolución," pfo. 2º (t. 8º, ps. 37 y siguientes).

con el feudalismo. Se habían podido mantener todas las instituciones que á ella se refieren. Tal era el *retracto de linaje*, que no tenía más objeto que conservar los bienes en las familias. Sin embargo, este derecho fué uno de los primeros que abolió la Asamblea Constituyente. Merlín se halla muy embarazado para encontrar razones que justifiquen esta abolición. El dice que el *retracto* tiene su origen en las costumbres germánicas; el derecho de guerra privada reinaba en las familias, y éstas imponían á cada pariente la obligación de abrazar las querellas de todos. Como hacía siglos que habían cesado las guerras privadas, casi no se concebía que les hubiese sobrevivido el derecho de retracto. A álguien ha parecido singular esta explicación (1). Sin embargo, Merlín tenía razón al decir que el origen del retracto estaba en el vínculo de solidaridad que unía á todos los miembros de la familia entre los germanos; de aquí dimanaba la idea de una co-propiedad de los parientes, que se transformó en la edad media y vino á ser un rasgo característico del derecho francés: el espíritu de nuestro derecho, decía Pothier, es el de conservar los bienes en las familias. El retracto se hallaba en armonía con ese espíritu tradicional, si se abolió, sin duda que fué porque el legislador revolucionario quería quebrantar á las grandes familias, que habrían podido aprovecharse de ese derecho para mantener su influencia territorial. La Revolución perseguía un doble objeto, hacer pedazos de la gran propiedad, á la vez que favorecer el espíritu de familia. De aquí provienen ciertas medidas que á veces parecen contradictorias.

505. Los decretos de la Asamblea que abolieron los privilegios no tocaban á la sucesión consuetudinaria. En efecto, los privilegios no eran más que un accidente, un prin-

1 Laferrière, "Historia de los principios, de las instituciones y de las leyes de la revolución francesa," ps. 239 y siguientes.

cipio extraño á las viejas costumbres germánicas. Lo que caracteriza á las costumbres en materia de herencia, es la distinción de la naturaleza y del origen de los bienes. Pues bien, hé aquí á la Convención nacional que decreta que "la ley no reconoce ninguna diferencia en la naturaleza de los bienes, ni en su origen, con el fin de normar su transmisión." Esto era abolir la regla *paterna paternis*, base de la transmisión de los bienes por vía de herencia. La revolución parece radical y digna de una asamblea. Qué ante ninguna ruina retrocedía, porque sobre los escombros del mundo antiguo quería ella levantar un edificio nuevo, la sociedad democrática. Por esto es que han comparado la ley de 17 nivoso, año II, con los decretos de la famosa noche de 4 de Agosto de 1789 (1). Hay alguna exageración en este paralelo. La ley de nivoso es á medias revolucionaria y á medias conservadora; el elemento tradicional que ella ha consagrado, transformándolo, ha venido á ser una de las bases del orden de las sucesiones adoptado por el código civil. Cosa notable: la Convención, á la que se acusa de querer demoler todo, ha inaugurado, por el contrario, el sistema de transacción que los autores del código civil han mantenido, y ha tomado el principio de esta transacción á esas mismas costumbres que abollía aparentemente. La ley de nivoso es, en verdad, una de las obras más notables de aquella grande época, que ha sentido la ambición de poner los cimientos de una nueva sociedad. Ella demolió con una mano y con la otra reconstruyó, en otra forma, lo que acababa de derruir. Así es como se verifican las revoluciones duraderas; ellas no destruyen, sino que transforman. La ley de nivoso abrogó la regla *paterna paternis*, y puso en su lugar la división por líneas, que tiene el mismo espíritu y la misma tendencia.

1 Laferrière, "Ensayo sobre la historia del derecho francés," t. 2º, p. 253.

El derecho romano establecía la unidad del patrimonio y de la herencia, y no comprendía que los bienes diversos tuvieran herederos diferentes. Mientras que las costumbres adoptaban tantas sucesiones como bienes: unos herederos para los muebles, otros para los bienes adquiridos, otros para los propios. La ley de nivoso tomó del derecho romano la unidad de patrimonio. Pero, al consagrar el principio, rechazó la consecuencia que de él derivaba el derecho romano. La Novela de Justiniano transmitía la sucesión única, abarcando todo el patrimonio del difunto al pariente más cercano, sin considerar si los bienes que componían aquel patrimonio habían venido al difunto de su familia paterna ó de la materna. Las costumbres dividían los propios en paternos y maternos, y los atribuían al pariente más próximo de la familia de donde procedían. En este punto capital, la ley de nivoso abandonó la tradición romana y adoptó el principio consuetudinario, disponiendo que toda sucesión que recayese en ascendientes ó en colaterales se dividiera en dos partes, una para la línea paterna y otra para la materna. La división por líneas tenía el mismo objeto que la regla *paterna paternis*, conservar los bienes en las familias; pero simplificaba la partición al no formar de todos los bienes más que una sola masa, que repartía igualmente entre las dos familias: se suponía que las dos familias habían contribuido á formar el patrimonio del difunto. Este principio ha pasado al código y forma una de las bases de nuestro sistema de sucesiones.

506. Se reprocha á la ley de nivoso el haber tenido por objeto nivelar las fortunas, al dividir las propiedades entre el mayor número posible de herederos, á fin de disminuir la influencia de las familias poderosas. No puede ponerse en duda que tal fuera el fin de la convención (1).

1 Toullier, t. 2º, núm. 140. Laferrière, "Historia de los principios de la revolución francesa," p. 330.

Cambacères, que presidió la sección de legislación, lo confesó al consejo de Estado cuando se discutió el proyecto de código civil. Por otra parte, el espíritu de la ley está patente en las disposiciones que ella contiene sobre el derecho de testar y sobre el derecho de representación. La Convención, por su decreto de 7 de Marzo de 1793, había abolido ya la facultad de disponer de los bienes en línea directa, porque quería que todos los descendientes tuvieran igual derecho en la sucesión de sus ascendientes. Esta prohibición se extendió á la línea colateral por la ley de nivoso. Ya no debía de haber más que sucesiones *al intestado*, el derecho de testar ó de donarse restringió á la facultad de disponer á título particular: el que tenía hijos podía disponer de la décima parte de sus bienes á favor de una persona no sucesible: el que dejaba parientes colaterales podía disponer de la sexta parte de sus bienes, con tal que no fuera á favor de uno de sus herederos. Así, pues, entre herederos la igualdad era absoluta. Esto es una aplicación exagerada y falsa del principio de la igualdad, dice Laferrière. El historiador francés, olvida que según la costumbre de París, el difunto no podía disponer más que de la quinta parte de sus propios, y que, según otras costumbres, estaba prohibida toda disposición de los propios: el principio es el mismo y las diferencias de detalle poco importan. ¡He allí, pues, el principio que las costumbres consagraban con un espíritu de conservación, el cual, en manos de la consecución, se vuelve un principio revolucionario. Una cosa sí es clara, y es que nada es menos revolucionario como un principio que tiende á conservar los bienes en las familias. No es que aprobemos la incapacidad de recibir que á los herederos imponía la ley de nivoso; insistiremos acerca de este punto en el título de las *Donaciones y Testamentos*. De todos modos, la ley de nivoso, aun en sus disposiciones lactradas de exageración,

permanecía fiel á la tradición consuetudinaria: la sucesión por excelencia es la que la ley confiere, porque la ley es más sabia que el hombre: nada de institución de heredero, nada más que legados á título particular.

507. Pasa lo mismo con otra disposición de la ley de nívoso que extiende el beneficio de la representación en línea colateral á todos los grados. Portalis critica esta disposición con excesiva severidad. "La representación de los colaterales, dice Portalis, llevada demasiado lejos, es una cosa contraria al sentido común. Ella convoca á desconocidos con perjuicio de los más próximos parientes; extiende las relaciones de beralidad más allá de todas las relaciones presumibles del afecto; acarrea litigios interminables sobre la calidad de las personas, y fraccionamientos ridículos en la partición de los bienes; lastima todas las ideas de justicia, de conveniencia y de razón." (1) Portalis no reflexiona en que esos amargos reproches podían hacerse recaer contra el sistema del código que llama á la sucesión á los colaterales del grado doceavo: ¿no son desconocidos para el difunto? ¿no dan lugar á litigios sobre la calidad de las personas? ¿y no es una cosa contraria al sentido común, á la justicia y á toda conveniencia que un colateral del grado doceavo tome la mitad de los bienes con perjuicio de los ascendientes del difunto? Si la sucesión de los colaterales se limitara al cuarto grado, desaparecerían la mayor parte de los inconvenientes que Portalis apunta. Portalis olvidaba, además, que la representación hasta el infinito se había tomado de las costumbres, y que está en el espíritu del derecho consuetudinario. ¿No es Dios quien forma á los herederos? Luego es justo que los descendientes obtengan los bienes que el nacimiento aseguraba á sus padres. Se puede aun invocar á favor de la ley de nívoso el espíritu democrático que precisamente

1 Portalis, Discurso preliminar, núm. 98 (Loaré, t. 1º, p. 183).

te exige que se fraccionen las fortunas, á fin de que todo hombre pueda ser propietario; pero la democracia no estaba ya en favor con el consulado. De aquí dimanaban las críticas apasionadas que se han hecho de la ley de nívoso. Nosotros diremos con Simeón, el orador del Tribunado, que esta ley fué sabia y loable por muchos conceptos: sólo un reproche puede hacersele y éste se refiere á sus disposiciones retroactivas (1).

1 Simeón, Discurso, núm. 10 (Loaré, t. 5º, p. 133).

ternos á la familia de donde éstos provenían, sino que, además, embarazaba la facultad de disponer de los propios, lo que estaba en oposición con el derecho de propiedad, tal como el código lo consagraba. El sistema romano era mucho más sencillo y estaba más en armonía con los afectos presumibles del difunto. Ciertamente es que hacía salir los bienes de las familias; para poner remedio á este inconveniente, el proyecto mantenía la división por líneas que la ley de 17 nivoso establecía. Este era un término medio propio para conciliar el orden de sucesión de la novela y el de las costumbres. Berlier dice que la proposición de Cambacères no prevendría las contiendas, puesto que, aun limitando la regla *paterna paternis* á los primos hermanos, era preciso subir hasta el bisabuelo, es decir, hasta un siglo próximamente, lo que complicaría singularmente las particiones y originaría dificultades y pleitos. Berlier repitió el reproche que habitualmente se hacía á la sucesión consuetudinaria, y es que, lastimaba el orden natural de los afectos confiriendo los propios á colaterales á menudo muy remotos y esto con perjuicio de los parientes más próximos del difunto. ¿Pero acaso no se hace el mismo reproche á la división por líneas? Hay otro vicio en el sistema de la ley de nivoso: los bienes que provienen de una familia, pasan á otra cuando los propios son en su totalidad ó en su mayor parte paternos ó maternos. Berlier contesta que el remedio estará en la libertad concedida al difunto para que disponga de sus bienes por testamento. Podía darse la misma respuesta á las críticas que se hacían de la sucesión consuetudinaria. Esta tenía una ventaja incontestable, que conseguía el objeto que se proponía, conservando los bienes en las familias. Mientras que la transacción de la ley de nivoso descansaba en una suposición muy problemática, que, á decir la verdad, casi nunca se realizaba. El dato más común, dice Berlier, es que

CAPITULO V.

El código civil.

508. Cuando se discutió el proyecto de código civil en el consejo de Estado, Cambacères propuso que se restableciera la regla *paterna paternis*, limitándola á un grado de parentesco bastante próximo para que el origen de los bienes no quedase envuelto en ninguna incertidumbre. El único motivo que adujo, fué que esta disposición sería muy á propósito para mantener la paz en las familias. Esto era motivar bastante mal una importantísima disposición. Bigot-Préameneu la apoyó en razones más serias. ¿Cuáles son las consideraciones que en todo tiempo han determinado el orden de suceder? La ley norma este orden según los diversos grados de afecto que ha debido suponer en el que ha fallecido; ahora bien, en todos los corazones se halla el deseo de que los bienes de su familia no pasen á otra. Se reprocha á la sucesión consuetudinaria la complicación que origina litigios; la proposición de Cambacères, dice Bigot, los prevendrá limitando los efectos de la regla *paterna paternis* á grados bastante próximos para que no pueda ponerse en duda el origen de los bienes. Berlier combatió la proposición. Recordó que la regla *paterna paternis* no se limitaba á asegurar los bienes paternos y ma-

una y otra línea han contribuido casi por igual á formar el patrimonio del difunto. En esta suposición, la partición por líneas da á cada familia lo que le pertenece. Creemos que se estaría más cerca de la verdad afirmando que el hecho alegado por Berlier es la excepción. ¿Y se basan reglas generales en hechos excepcionales? (1)

El consejo de Estado desechó la proposición de Cambacères. Lo que lo decidió, fué que la ley de nivoso tenía á su favor una experiencia de nueve años, y el asentimiento de casi todos los tribunales que fueron consultados acerca del proyecto del código. Se podría contestar que, tanto los tribunales como las asambleas legislativas prefieren siempre las ideas más sencillas, y no hacen mal en esto, con tal que la sencillez esté de acuerdo con la justicia. Pero no aceptamos que se sacrifique la justicia al deseo de prevenir las contiendas. Parecía que todo el mundo estaba de acuerdo con el principio, se quería conservar los bienes en las familias. Por lo mismo, era preciso consagrar la regla consuetudinaria *paterna paternis*, porque es la única que alcanza el fin propuesto. Los sistemas de transacción casi siempre malogran su objeto. Más debe decirse: las transacciones nada valen en derecho: se transan hechos, intereses, pero no principios, porque éstos deben ser la expresión de la verdad eterna. ¿Es concebible que haya semi-principios, cuartas partes de verdad?

509. Así, pues, el código civil mantiene la transacción de la ley de nivoso. Esto en el fondo es el sistema consuetudinario, pero ilógico, inconsecuente como todas las transacciones. Basta leer los discursos de los oradores del gobierno y del Tribunado para convencerse de esto. Treilhard repite la eterna crítica de que la distinción de los bienes y de su origen, al establecer varias sucesiones en una sola, y al criar herederos diferentes, según el

1 Sesión de 25 frimario, año XI, núm. 17 (Loaré, t. 5º, p. 47).

origen de los bienes, acarrearía numerosas disputas. Acabamos de responder á este reproche, el cual ha perdido todo su valor desde que las nuevas leyes promulgadas en Bélgica y en Francia han establecido el principio de la publicidad para los actos translativos ó declarativos de derechos reales inmobiliarios. Treilhard insiste en la oposición que la regla *paterna paternis* creaba entre la delación de los propios y la voluntad presumible del difunto. Se quería que el orden de las sucesiones estuviese en armonía con el afecto del difunto hacia sus parientes. Y ¿acaso está en armonía con la voluntad presumible del difunto un orden de sucesiones que excluye á los parientes más cercanos, á un padre, á una madre, en provecho de colaterales á menudo desconocidos para el difunto? No ve Treilhard que el mismo reproche se dirige también á la división por líneas. Los autores del código lo han sentido, y para remediar este inconveniente, han dado al padre y á la madre en concurso con los colaterales el usufructo de la tercera parte de los bienes en los que no suceden en propiedad (art. 754). En verdad que el remedio no corresponde al mal y la inconsecuencia subsiste. Si se quisiera seguir el orden de los afectos naturales, sería preciso hacer á un lado, tanto la ley de nivoso, como la sucesión consuetudinaria, y volver al sistema romano. Pero este sistema para nada tenía en cuenta el derecho de las familias, supuesto que despojaba á unas para enriquecer á otras; luego violaba la ley de justicia, que es la primera de todas. La ley del afecto natural no es la del afecto ciego, es, como Domat lo ha explicado, la ley del deber, la ley de Dios que, al hacer que un hombre nazca en una familia, le otorga cierto derecho en los bienes que ésta posee. Tal era el verdadero espíritu de la regla *paterna paternis*.

El orador del gobierno pretende que la partición por

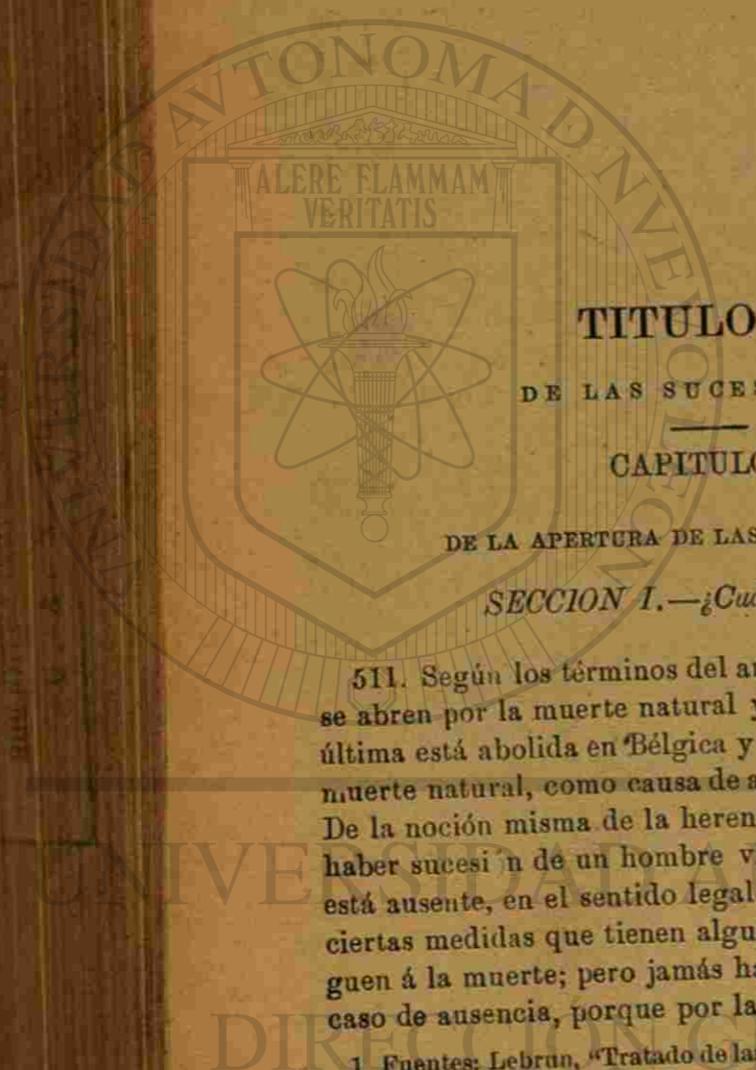
bienes provee al interés de las familias, tomando de los países de derecho consuetudinario lo que había de bueno en sus costumbres. "Toda sucesión, dice él, conferida á ascendientes y colaterales se dividirá en dos porciones iguales, una para la rama paterna, otra para la materna; y de esta suerte se dividirá no sólo una especie de bienes, sino la totalidad de la sucesión. Dos familias se habían unido por un matrimonio; permanecerán todavía unidas en la desgracia común que haya arrebatado los frutos de aquella unión. De este modo es como se concilia el voto de la naturaleza, que parece llamar á los más próximos parientes, con el interés de dos familias de las que el difunto derivaba su origen" (1). La conciliación no es más que aparente. Cuando la sucesión se confiere á los colaterales ó á los ascendientes, está roto el vínculo que unía á las dos familias, no había hijos, ó han muerto antes. ¿Qué es lo que queda por hacer? Tener en cuenta los derechos y los intereses de cada una de esas familias. Esto era lo que hacía la regla *paterna paternis*; iba á su objeto en línea recta. La conciliación del código yerra el golpe generalmente.

510. Fácil nos es ahora contestar la pregunta que se hacen los intérpretes del código: ¿cuál es el principio dominante de nuestro orden de sucesiones? (2). Ordinariamente se contesta que conforme al afecto presumible del difunto hacia sus más próximos parientes es como la ley norma la transmisión de sus bienes. Debe, por el contrario, decirse que en un sistema de transacción no hay principios, precisamente porque es una transacción. De cualquiera manera que se entienda este orden de afecto

1 Treilhard, Exposición de motivos, núms. 11 y 12 (Loché, t. 5º, p. 93).

2 Compárese Toullier, t. 2º, 2, p. 90, núms. 146, 148. Maleville, t. 11, ps. 183 y siguientes.

tos, lo cierto es que el código lo deroga. ¿Son los parientes á quienes el difunto ha amado preferentemente á los que el código llama á la sucesión? Hay, en primer lugar, el cónyuge que los autores del código han olvidado; y en verdad que si alguno tiene derecho á la herencia á título de afecto, es el cónyuge, y la ley lo excluye, y no le da un rango sino entre los sucesores irregulares, entre los hijos naturales. Las costumbres á las que se acusa de desconocer los afectos del difunto, tenían más solicitud hacia la viuda. La división por líneas tanto como la regla *paterna paternis* tiene el inconveniente de transmitir los propios á parientes remotos con perjuicio de los más cercanos, del padre ó de la madre. Pero se forjan una idea falsa de esta ley de afecto. El orden de las sucesiones no está basado en los sentimientos del difunto, porque el deber está antes que las predilecciones; ahora bien, el deber y la justicia exigen que el difunto devuelva á cada familia los bienes que de ella ha recibido, cuando no deja descendientes. La sucesión consuetudinaria observa en este sentido la ley del afecto, y es su más exacta expresión. Mientras que la división por líneas es una probabilidad, que las más de las veces estará en oposición con los derechos de las familias, salvo en los casos muy raros en que cada una de las dos familias haya contribuido por igual para formar el patrimonio del difunto.



TITULO II.

DE LAS SUCESIONES.

CAPITULO I.

DE LA APERTURA DE LAS SUCESIONES (1)

SECCION I.—¿Cuándo se abren?

511. Según los términos del artículo 718, las sucesiones se abren por la muerte natural y por la civil. Como esta última está abolida en Bélgica y en Francia, sólo queda la muerte natural, como causa de apertura de las sucesiones. De la noción misma de la herencia resulta que no puede haber sucesión de un hombre vivo. Cuando una persona está ausente, en el sentido legal de la palabra, prescribe ciertas medidas que tienen alguna analogía con las que siguen á la muerte; pero jamás hay apertura de sucesión en caso de ausencia, porque por larga que sea, no puede pre-

1 Fuentes: Lebrun, "Tratado de las sucesiones, 1 vol. fol.; Pothier, "Tratado de las sucesiones;" Chavot, "Comentario sobre la ley de las sucesiones," edición de Belos-Yolimont, 2 vol. (1839); Malpel, "Tratado elemental de las sucesiones ab intestato, 1 vol. (1825); Poujol, "Tratado de las sucesiones," 2 vol. 1837; Vazeille, "Resúmen y conferencia de los comentarios del código civil sobre las sucesiones, donaciones y testamentos, 3 vol. (1837).

sumirse la muerte. La muerte sólo, al poner término á la vida, lo pone también á los derechos que el hombre tiene en los bienes que son un accesorio de la vida. Pero también desde él instante de la muerte, debe operarse la transmisión de los bienes. El difunto cesa de poseer y de tener derechos en el momento en que espira. ¿Que iba á ser de sus bienes y de sus derechos? Si se admite el derecho de herencia, hay que contestar: Los herederos ocupan el lugar del difunto, y naturalmente lo ocupan cuando queda vacante. Esto es lo que expresa enérgicamente un antiguo proverbio: "La muerte toma al vivo y á su heredero más próximo." Así, pues, los bienes y los derechos ni un momento quedan en suspenso; el difunto es reemplazado en el momento en que fallece, dice la Exposición de motivos: ó por mejor decir, él mismo es él que pone á su heredero en su lugar, haciendo que se apodere de la propiedad y de la posesión de todo lo que le pertenece. De aquí se deduce esta importante consecuencia, que el difunto tiene por heredero á aquél que, en el momento de su muerte, se encuentra llamado por la ley. Es, pues, muy importante precisar este instante, supuesto que es el que determina la vocación hereditaria.

§ I.—PRUEBA DE LA MUERTE.

Núm. 1. El derecho común.

512. La ley cuida de que el fallecimiento de las personas se compruebe auténticamente. En primer lugar, el oficial del estado civil debe trasladarse al sitio en donde la persona ha fallecido, para asegurarse del caso. En segundo lugar, el acta de defunción se levanta á declaración de dos testigos. Estos dos testigos son los dos parientes más próximos ó vecinos, y si la persona ha muerto fuera de su domicilio, la persona en cuya casa haya muerto (artículo-

los 77 y 79). La ley no recomienda al oficial del estado civil que indique la hora y el día del fallecimiento; es, sin embargo, muy importante conocer el momento preciso de la muerte, puesto que los parientes más próximos en aquel instante son los que suceden, y con un instante de supervivencia es suficiente para suceder. Si el acta de defunción no comprueba el momento de la muerte, la cuestión queda intacta, y se resuelve por el derecho común; la prueba testimonial será admisible, y en consecuencia, las presunciones. Esto no es más que la aplicación de los principios que rigen las pruebas; nosotros los exponemos en el título de las *Obligaciones*. Si el acta enuncia la hora y el día, como generalmente ocurre, ¿cual será la fuerza probatoria de esta enunciación? Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de las *Actas del estado civil* (t. II, núm. 62).

513. Un decreto de 3 de Enero de 1813 establece que si unos trabajadores perecen dentro de una mina, y hay imposibilidad de llegar hasta el sitio en donde se encuentran los cuerpos, los directores tendrán la obligación de hacer constar esta circunstancia por el alcalde u otro oficial público que levantará una acta, la transmitirán al procurador imperial, y á diligencia de éste y autorización del tribunal, dicha acta se anexará al registro del estado civil. Aplíquese el decreto por analogía á los demás eventos en que perece alguna persona sin que pueda constar regularmente su fallecimiento. Déjase entender que el acta prescrita por el decreto no es la única prueba de la muerte. Posible es que no haya acta, ó que sus enunciaciones se pongan en duda, y desde el momento en que hay discusión, se entra al dominio de los principios generales: la prueba testimonial y las presunciones servirán para que el juez determine el momento de la muerte (1).

1 Demolombe, t. 1º, núm. 308 y t. 13, núm. 89.

Núm. 2. De los que mueren al mismo tiempo.

514. Dos personas perecen en un mismo suceso, un naufragio, un incendio, y están llamadas, respectivamente, á la sucesión la una de la otra, y tienen herederos diferentes. En este caso, importa saber cuál es la que falleció al último, porque ella será la que recoja la herencia de la otra, y la que la transmita con su propia herencia á sus herederos. Veamos el ejemplo que se pone habitualmente: Pedro y Pablo, hermanos uterinos, perecen en un naufragio; no tienen ni descendientes ni ascendientes, ni hermanos ni hermanas, ni descendientes de hermanos y hermanas. Es decir, que están llamados á sucederse mutuamente. Si Pedro fallece el último, habrá recogido la sucesión de Pablo, y con la suya propia la transmite á sus herederos; los colaterales maternos tomarán una mitad de la herencia; estos parientes son también los de Pablo, puesto que los dos hermanos tienen la misma madre; pero la otra mitad de la herencia se otorgará á los parientes paternos de Pedro, que son completamente extraños á Pablo, puesto que los dos hermanos no tienen el mismo padre. Si, por el contrario, Pablo ha sobrevivido, su sucesión, que abarcará la de Pedro, pertenecerá por mitad á su más próximo pariente materno, que lo es también de Pedro; la otra mitad se entregará á su más próximo pariente paterno, el cual no lo es de Pedro. Así es que, en el primer caso, el pariente paterno de Pablo no tendrá parte ninguna en la herencia; mientras que en el segundo caso, el pariente paterno de Pedro será el excluido. Así, pues, importa saber cuál de los dos hermanos ha sobrevivido (1).

Esta es la célebre cuestión de los co-difuntos; y es célebre porque ha ejercitado la sagacidad de todos los juriconsultos que han tratado de las sucesiones. El orador

1 Chabot, t. 1º, p. 15 (art. 720, núm. 1).

del Tribunalado dice que la ley ha debido resolver este caso, porque los viajes de ultramar y otros mil accidentes lo hacen común (1). Más verídico sería decir que es muy raro. Los accidentes no escasean. Pero no toda muerte accidental da lugar á la cuestión de los co-difuntos: se necesita que dos parientes perezcan en el mismo evento, que estén respectivamente llamados á heredarse, y que tengan herederos diferentes. ¿Y esto sucede con frecuencia? Lo que sí es cierto es que los artículos 720-722 casi no dan lugar á debates judiciales. Desde la publicación del código, sólo dos sentencias se han pronunciado en esta materia, y todavía en uno y otro caso no se trataba de parientes, sino del marido y de la mujer; así es que se decidió que no había lugar á aplicar las disposiciones del código civil. Si la jurisprudencia ignora estos debates, en cambio resuenan en todas las obras, aun en aquellas que se intitulan elementales. Esto nos parece una falta de lógica y de armonía. Hay tantos debates de un interés serio, que nos parece inútil dar extenso desarrollo á controversias por completo ociosas. Así es que sólo nos detendremos en los principios.

515. El art. 720 dice: "Si varias personas respectivamente llamadas á la sucesión una de otra perecen en un mismo acontecimiento en que pueda reconocerse cuál murió primero, la presunción de supervivencia se determina por las circunstancias del hecho." Hasta aquí no hemos salido del derecho común. Antes que todo debe verse si la prueba de la predecesión de una de las personas puede hacerse conforme á las reglas generales sobre las pruebas, es decir, por testigos en caso necesario, ó por presunciones que se llaman presunciones del hombre, porque la ley las abandona á las luces y á la prudencia del magistrado. Según el art. 1353, el juez puede decidirse por presunciones

1 Simeón, Discursos, núm. 10 (Locré, t. 5º, p. 132).

en los casos en que es admisible la prueba testimonial; ahora bien, los hechos materiales pueden siempre probarse con testigos, según lo diremos en el título de las *Obligaciones*, y un accidente en el cual varias personas encuentran la muerte, ciertamente que es un hecho material. Los autores han imaginado varias de estas circunstancias; siempre son las mismas; un incendio, un naufragio, una batalla, y sucede que jamás se ha realizado una de estas hipótesis. Preferimos citar como ejemplo un suceso real, al cual ha dado triste celebridad un hombre ilustre en la ciencia del derecho.

La noche del 19 de Febrero de 1572, la hija de Carlos Domoulin, casada con Simón Bobé, fué asesinada en su casa con dos de sus hijos, uno de ocho años y otro de veintidos meses. Bobé y los herederos colaterales de la mujer disputaron entre sí la sucesión mobiliaria de los difuntos: el primero la reclamaba como heredero de sus hijos que pretendía que habían sobrevivido, y en consecuencia que habían sucedido á la madre; los colaterales sostenían que la mujer debía reputarse como muerta al último, conforme á una ley romana, por cuyos términos si una mujer perece en un naufragio con su hijo impuber, se reputa que éste muere el primero. La corte pensó que antes de recurrir á las presunciones fundadas en la edad y la fuerza de los moribundos, había que consultar las circunstancias del hecho, prueba más directa, y en consecuencia, menos incierta que las presunciones. Ahora bien, el asesinato había sido cometido por unos ladrones; no podía presumirse que estos malvados hubieran comenzado por matar á dos niños de edad tan tierna, porque eso habría equivalido á dar tiempo á la madre para pedir auxilio. Así, pues, había que creer que los primeros golpes se habían asestado á aquella desdichada. En consecuencia, la corte adjudicó á Simón Bobé la sucesión mobiliaria de su mujer, como heredero de

sus hijos. Esta decisión recibió en el palacio de justicia el nombre de sentencia de Bobé (1). Tal fué el terrible crimen que extinguió la posteridad de Carlos Dumoulin; lo que hizo que perdiéramos los últimos vestigios de una sangre que todavía podía ser provechosa al público, supuesto que la fuente de donde procedía le había sido tan saludable (2).

516. El art. 720 añade que si no puede hacerse la prueba directa del fallecimiento; es decir, si no hay testimonio, y si las circunstancias del hecho no ofrecen ninguna probabilidad, la presunción de superviviente se determina por la fuerza de la edad y del sexo. Esto no significa que el juez pueda decidir la cuestión según las probabilidades que, en cada caso, resultan de la fuerza de la edad y del sexo; el mismo legislador ha establecido ciertas presunciones fundadas en probabilidades de fuerza. Véamos cuáles son estas presunciones (arts. 121 y 122):

“Si los que han perecido juntos tenían menos de quince años, se presume que el de más edad fué el que sobrevivió.” (art. 721). Durante los primeros quince años de la vida, las fuerzas del niño van en aumento; así, pues, el de más edad tiene más fuerza, ha podido luchar por más tiempo contra el peligro, y por lo tanto, es probable que haya sobrevivido. Hay, es verdad, una probabilidad en teoría, pero ¡cuántas veces será desmentida por los hechos! Si uno de los muertos tiene catorce años y el otro quince, se presume que este último sobrevivió; ahora bien, sábase que era un niño endeble, mientras que el que sólo tenía catorce años estaba lleno de vida: la presunción será patentemente contraria á la realidad, y no obstante, el juez estará encadenado por ella.

1 Merlin, “Repertorio,” en la palabra “Muerte,” pfo. 1.^o, art. I. (t. XX, p. 411).

2 Lebrun, “De las sucesiones,” cap. I, sec. I, núm. 16, p. 5.

“Si los que perecieron juntos eran todos mayores de sesenta años, se presume que el que sobrevivió fué el de menor edad.” Es esa la edad en que las fuerzas del hombre comienzan á decrecer, luego el de menos edad será probablemente el que haya luchado por más tiempo en un accidente. La probabilidad general es verdadera, pero de hecho ¡cuántas no son sus excepciones!

“Si los que han perecido juntos tuviesen menos de quince años y los otros más de sesenta, se presumirá que los primeros han sobrevivido.” La ley presume lo que está en el orden de la naturaleza, y es que los jóvenes mueren al último. Aquí es donde se ve todo lo que tienen de inciertas y de conjeturales estas presunciones de supervivencia: se presumiría que un niño de un día ha sobrevivido en un naufragio, en un incendio, á un hombre de sesenta y un años, que, por más que esté declinando, es, no obstante, capaz de luchar con la muerte, mientras que el niño que acaba de nacer debe sucumbir inmediatamente.

“Si los que han sucumbido juntos tuviesen quince años cumplidos y menos de sesenta, y si fuesen del mismo sexo, se presumirá que el más joven sobrevivió al de más edad.” El mismo legislador dice que, en este caso, sigue la presunción de supervivencia que abre la sucesión en el orden de la naturaleza. Como las fuerzas físicas entre personas del mismo sexo casi son iguales en ese período de la vida, no había otra base para establecer una presunción que la diferencia de edad. Probabilidad que falla diariamente, es decir, que siempre es una regla general sujeta á mil excepciones; y sin embargo, ¡el juez se halla encadenado por dicha regla!

El legislador no admite más que una excepción, igualmente general, y que dimana de la diferencia de sexo; siempre se presume que el varón, en el período de quince á sesenta años, es el que sobrevive, cuando hay igualdad

de edad, ó cuando la diferencia que existe no excede de un año. El hombre tiene, por lo general, más fuerza, más energía que la mujer; pero cuando se trata de luchar por la vida, el valor individual predomina sobre la fuerza física. El legislador no podía tener en cuenta todas estas consideraciones (1).

517. Tales son las presunciones que el legislador ha establecido para resolver la cuestión de los co-difuntos. Y puesto que son tan inciertas y problemáticas ¿por qué ha recurrido á ellas el legislador? Los oradores del gobierno y del Tribunal contestan que era preciso recurrir á ellas, supuesto que son el único medio de resolver quién sobrevivió, y hay que saber esto, porque de hecho, alguno de ellos había sobrevivido, y en consecuencia, será el que haya recogido la herencia de los demás; de suerte que transmitirá á sus herederos su sucesión, acrecida con los bienes que pertenecían á los primeros en fallecer. A falta de pruebas directas de la supervivencia, preciso ha sido conformarse con puras probabilidades (2). Y no solamente es necesaria, sino también justicia, dicen algunos (3). Desde el momento en que uno de los co-fallecidos sobrevive, recoje la herencia del que ha muerto antes que él; sería injusto privar á los herederos del último que muere, de un derecho que deben á la ley. Creemos nosotros que no había ni necesidad, en justicia, en establecer ciertas presunciones de supervivencia.

La cuestión no puede ser de necesidad absoluta, porque los principios generales son suficientes para decidir á quién se transmitirán los bienes dejados por los co-fallecidos. El mismo legislador ha asentado los principios en el título

1 Chabot, t. 1º, ps. 28-32.

2 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 5 (Loaré, t. 5º, p. 91). Siméon, Discursos, núm. 10 (Loaré, t. 5º, p. 132).

3 Toullier, t. 2º, p. 47, núm. 78 bis. Compárese Demolombe, t. 13, p. 140, núm. 40. Malpel, p. 45.

lo de la *Ausencia*. Según los términos del art. 135, el que reclama un derecho recaído en un individuo cuya existencia no será reconocida, deberá probar que el susodicho individuo existía cuando se abrió el derecho; hasta que esta prueba se rinda, se le declarará no recibibile en su demanda. El art. 136 aplica este principio á la adquisición de una sucesión: "Si se abre una sucesión á la que sea llamado un individuo cuya existencia no es reconocida, se devolverá exclusivamente á aquellos con quienes él haya tenido el derecho de concurrir, ó á falta de éstos, á aquellos que la hubiesen recogido." Estos principios son suficientes para ventilar el debate que se suscita cuando hay co-fallecidos. Los herederos de Pedro pretenden que su autor sobrevivió, que recogió la herencia de Pablo y que se las transmitió; á ellos corresponde probar la supervivencia, porque esta es la condición bajo la cual tienen ellos derecho á la herencia de Pablo; si no logran rendir esta prueba, se declararán no recibibles. ¿Qué será, pues, de la sucesión de Pablo? Pasará á sus herederos. Aquí nos detienen el paso á nombre de la justicia; es injusto, dicen, que los bienes de Pablo sean recogidos por otros herederos, siendo que Pedro fué llamado á sucederle. Sin duda que Pedro debe heredar de Pablo, pero con una condición, y es que se pruebe que sobrevivió; si no se prueba, ¿en dónde está la injusticia de no diferir una sucesión á quien no puede probar que vivía en el momento en que aquélla se abrió? ¿Diráse que hay probabilidades de supervivencia? Contestaremos que las mismas probabilidades no son una prueba, que las probabilidades pueden engañar, que las más de las veces engañarán, y entonces la pretendida justicia se volverá una injusticia. En medio de todas estas incertidumbres, ¿qué era lo que debía hacerse? En la duda, abstenerse y dejar obrar á los principios.

518. Nace ahora la cuestión de saber si las presunciones de supervivencia establecidas por los artículos 721 y 722 son aplicables en los casos que el legislador no ha previsto. ¿Se pueden extender por vía de analogía? Uno de nuestros mejores autores contesta afirmativamente, y sin vacilar, como si se tratara de una verdad evidente. Es suficiente, dice Toullier, que la ley haya establecido una sola vez reglas generales para que deban aplicarse á todos los casos semejantes en los que se encuentre la misma razón para decidir, sin que sea necesario repetir esas reglas (1). Esto no es más que la argumentación por analogía, que es de derecho común. Toullier y los que lo siguen, olvidan que esas pretendidas reglas generales son presunciones establecidas por la ley; y ¿caso no es un principio elemental que las presunciones legales son de la más estricta interpretación? Esto resulta del texto mismo del código civil. ¿Qué dice el art. 1550? "La presunción legal es la que se liga por una *ley especial* á ciertos actos ó á ciertos hechos." Luego se necesita una *ley especial* para que haya presunción, es decir, que no puede haber presunción sin texto. Y nada más natural. La misma naturaleza de las presunciones está probando que no pueden extenderse de uno á otro caso, aun cuando sea por analogía. En efecto, ¿qué cosa es una presunción? Es, dice el artículo 1349, una consecuencia que la ley saca de un hecho conocido á otro desconocido. Es decir, que es un simple razonamiento fundado en probabilidades, y este simple razonamiento hace prueba, porque la presunción legal tiene eficacia de prueba á favor de aquel por quien aquélla existe. Luego ¿qué es lo que hace el intérprete que aplica una presunción por vía de analogía? Pone su razonamiento en la misma línea que el del legislador, y crea una presunción, y ¡un simple razonamiento del intérprete será bastan-

1 Toullier, t. 2º, 2, p. 42, núm. 78; Malpel, p. 40; Vazeille, t. 1º, p. 10.

te para dispensar de la prueba á quien ésta incumbe! Las presunciones legales son excepciones, y entre todas las excepciones, las leyes que establecen presunciones son las más excepcionales, porque derogan los principios más fundamentales, dispensando de la prueba al que, por derecho común, debe procurarla, y reemplazando la prueba directa por un simple razonamiento. Nuestra conclusión es que las presunciones no pueden extenderse de un caso á otro, aun cuando hubiese identidad de motivos. Este principio lo adoptan la mayor parte de los autores (1); pero desgraciadamente no lo aplican con el rigor que es de mucha necesidad en nuestra ciencia. En más de una ocasión hemos dicho cuán vacilante es la doctrina en materia de presunciones, y ahora vamos á ver una nueva prueba de esto en las presunciones de supervivencia.

519. Hemos insistido acerca del principio, si se adopta las aplicaciones serán fáciles. Con leer á Ghabot, uno de nuestros buenos escritores, basta para ver á qué deplorables inconsecuencias se ven arrastrados los mejores entendimientos cuando caminan á la ventura, sin tener una brújula que los dirija en este mar de dudas que se llama la ciencia del derecho. Los mismos autores que establecen el principio que acabamos de formular, parece que lo olvidan de una á otra página, tanto así están acostumbrados á resolver las cuestiones según ciertos motivos que imaginan en la necesidad de su causa, como sucede en el palacio de justicia. Decimos esto, no por espíritu de censura, sino para excusarnos. Porque tenemos la obligación de restablecer los verdaderos principios y mantenerlos con un rigor de hierro, es por lo que entramos en muchos de-

1 Demante, "Curso analítico," t. 3º, p. 19, núm. 22 bis; Duranton, t. 6º, p. 32, núm. 48; Marcadé, t. 3º, ps. 17 y siguientes (art. 722, número 3); Zacharía, edición de Massé y Vergé, t. 2º, p. 236, nota 2; Demolombe, t. 13º, p. 144, núm. 111; Vazeille, t. 1º, p. 2, núm. 6.

talles; de esto proviene que nuestro trabajo toma unas proporciones que no estaba en nuestro ánimo darle.

Hay dos hipótesis que la ley no prevee; entre los que han poseído juntos, unos tenían menos de quince años, y otros más de quince y menos de sesenta: ó unos tenían más de quince y menos de sesenta, mientras que todos los demás tenían más de sesenta años. Supuesto que la ley no prevee estos casos, hay que aplicar nuestro principio: no habiendo texto, no hay presunción legal. Luego entramos á los principios generales tales como el código los formula en los arts. 135 y 136. Una vez admitido el principio, su consecuencia es evidente. No obstante, Demolombe, que establece el principio con claridad suma, resuelve que en aquellas dos hipótesis es *evidente* que el individuo que tiene más de quince años y menos de sesenta será el que se *presuma* que ha sobrevivido. ¡Una *presunción evidente*, siendo que no hay texto! esto es una herejía jurídica á la vez que una inconcebible inconsecuencia. ¿Qué dicen para paliarla? Confiesan que la ley no prevee *explícitamente* nuestras dos hipótesis, pero que se aplica á ellas *implícitamente* y hasta *á fortiori*. Una *presunción implícita*, siendo que no hay texto *explícito*, una presunción establecida *á fortiori*, se comprende en la doctrina de Toullier que en las presunciones ve una regla general; pero no se comprende cuando se empieza por asentar como principio que “las presunciones legales no pueden extenderse á otro hecho que no sea al que se aplican determinadamente,” que “extenderlas equivaldría á crearlas, y que al legislador sólo corresponde crear una presunción legal.” Todas estas contradicciones se encuentran en pocas páginas de distancia. Marcadé asienta el mismo principio y cae en la misma inconsecuencia, y ¿qué es lo que dice para justificar tan extraña manera de proceder? Que eso ni era necesari-

rio decirlo (1). ¡Así es que hay presunciones que se establecen *sin decirlo*, por sí mismas!

520. Dos personas sucumben en el mismo acaecimiento; pero no están llamadas respectivamente á la sucesión de la otra: Pedro es heredero de Pablo, pero Pablo no lo es de Pedro. ¿Hay lugar á aplicar las presunciones legales de supervivencia? Ciertamente que nó, si se quiere permanecer fiel al principio de interpretación que restringe las presunciones legales á los casos previstos por la ley (2). Durantón, como nosotros, piensa que las presunciones no ejercen su imperio sino en los casos para los cuales fueron establecidas especialmente, y esto lo demuestra muy bien en la pág. 52, núm. 48. En seguida, extiende las presunciones de los arts. 721 y 722 á los casos en que los cofallecidos nó son herederos uno de otro, por más que la ley limite expresamente las presunciones de supervivencia al caso en que las personas que sucumben en un mismo suceso son llamadas á la sucesión una de otra; esto se lee en la pág. 44, núm. 45. ¿Qué cosa es, pues, un principio? ¿no es una regla que es la expresión de lo verdadero y de lo justo? y ¿lo que es verdadero en la pág. 52 puede no serlo en la 44? En hora buena que se repela el principio! ¡Qué hasta se rechace todo principio y se bogue á merced del viento! Pero que se establezca un principio y que no se le aplique, es motivo á que por esta manera de interpretar las leyes se haga de una ciencia esencialmente lógica, otra esencialmente ilógica. ¡Si esto ha de ser así, no vemos la razón de que haya leyes, ni de que se enseñe el derecho, ni de que se escriba sobre el derecho!

521. Va á verse lo que se vuelven la ley y la ciencia del derecho cuando no se tienen principios ciertos. Cha-

1 Demolombe, t. 13, p. 132, núm. 102; Marcadé, t. 3º, p. 17 (artículo 722, núm. 2).

2 Demolombe, t. 13, p. 138, núm. 109, y p. 147, núm. 112; Dacauroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 279, núm. 402.

bot es una de las inteligencias más claras y precisas que conozcamos. Su comentario sobre la ley de las sucesiones es, á todas luces, una obra eminente; pero carece de principios, y su admirable criterio no puede desempeñar las funciones de los principios. Pregúntase si las presunciones legales de supervivencia son aplicables al caso en que dos personas, respectivamente llamadas á la sucesión una de otra sucumben, no por el mismo suceso, pero sí en el mismo día. Si se tuviera un poco de respeto á la ley, ni siquiera se habría planteado la cuestión, supuesto que la ley dice y repite que los co-fallecidos deben sucumbir juntos, por el mismo suceso, para que pueda establecerse la supervivencia por vía de presunción. Hay más, ni aun siquiera puede invocarse ninguna analogía cuando la muerte acontece en sucesos diferentes; Chabot lo confiesa. "Es de toda evidencia, dice él, que las diferencias de fuerza, de edad y de sexo, buenas para considerarse cuando se trata de dos personas que, en el mismo evento, tenían que defenderse de un peligro común, se tornan indiferentes y nulas, cuando se trata de dos personas de las cuales cada una ha sucumbido, ó por enfermedad, ó por un accidente que le era particular:" ¿cuál es la conclusión? Es de toda precisión, dice Chabot, adoptar cualquiera presunción; y en seguida, se entretiene en crear una: la que resulta del orden de la naturaleza, es decir, que "debe presumirse que el más joven haya sobrevivido al de más edad." Y si preguntamos á Chabot ¿con qué derecho el intérprete crea presunciones? ¿Y por qué? Porque le urge tener una (1). Las presunciones son excepciones; y ¿no tenemos una regla escrita en los arts. 135 y 136?

522. ¿Pueden aplicarse las presunciones de los artículos 720-722 á las sucesiones testamentarias ó contractuales? A Vazeille le parecen malas las presunciones, y pre-

1 Chabot, t. 1º, p. 17, núm. 5.

feriría que no las hubiera; lo que es, dice él, una razón más para no extenderlas. Esto se lee en la pág. 12, núm. 6, y en la 11, núm. 5, no vacila en extenderlas á las sucesiones testamentarias y contractuales. Hemos dicho que las extiende. En efecto, los arts. 720-722 están colocados en el título de las *Sucesiones ab intestato*, por lo que no pueden aplicarse á las donaciones y á los testamentos. Nos expresamos mal al decir que la ley establece las presunciones de supervivencia para las sucesiones *ab intestato*: el tít. I se intitula *De las sucesiones*; el código no conoce tres especies de sucesiones, sino una sola, por esto la llama *sucesión*, sin añadir *ab intestato*. Luego las donaciones y los testamentos no dan cabida á una sucesión propiamente dicha, lo que decide nuestra cuestión. No insistimos, porque la jurisprudencia está de acuerdo con la mayor parte de los autores para contestar como lo hemos hecho. Vamos á citar la sentencia de la corte de Burdeos, porque establece netamente el principio que hemos defendido (1). "Las presunciones legales, dice la corte, no son en sí mismas más que simples conjeturas sujetas á fallar, y que sacan de la ley toda su autoridad; luego es propio de su naturaleza, como por otra parte resulta de los arts. 1550 y 1552, el no tener más que un valor relativo, limitado á los casos especiales en los cuales el legislador les haya otorgado fuerza de prueba. Ahora bien, tanto por el lugar que ocupan, como por los motivos que los dictaron, los arts. 720-722 se refieren exclusivamente al orden de las sucesiones establecidas por la ley, y en consecuencia, en lo que concierne á las liberalidades hechas por testamentos ó por contrato de matrimonio, la regla general conserva su imperio, y el que se prevale de la predecesión

1 Burdeos 29 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 108). Demolombe, t. 13, p. 157, núm. 117, y los autores que cita.

del disponente es al que corresponde probar que en efecto aquél murió antes."

523. ¿Quién puede invocar las presunciones de supervivencia? Las presunciones son una prueba, luego todos los que pueden ejercitar los derechos del último que muere pueden por esto mismo prevalerse de los medios de prueba que la ley establece. Esto no es más que el derecho común, y la ley no lo deroga. Se pregunta si los acreedores pueden invocar las presunciones. La cuestión ni siquiera debería haberse planteado. En efecto, se trata de un derecho puramente pecuniario, del derecho de herencia; ahora bien, los acreedores pueden ejercitar todos los derechos pecuniarios de su deudor, y por consiguiente, aprovecharse de las presunciones que sirven de prueba. Pasa lo mismo con todos los co-interesados del último moribundo, tales como donatarios ó legatarios. Sin embargo, respecto á estos últimos, hay que hacer una restricción. Si son legatarios universales, se encontrarán en conflicto con los herederos legítimos de los co-fallecidos; si estos herederos no tienen derecho á la reserva, el legatario universal se apoderará de toda la herencia, luego él será el heredero del último moribundo; y hemos visto que las presunciones se aplican solamente á los herederos llamados por la ley. Luego el legatario universal no puede prevalerse de aquéllas. Si podría si estuviera en concurso con los reservatarios, porque, en este caso, éstos tienen la ocupación y son herederos; el legado universal no es, propiamente hablando, más que un legado á título universal, y el que le reclama se vuelve un simple co-interesado del último que muere (1).

1 Chabot, t. 1º, p. 18, núm. 6. Durantón, t. 6º, p. 50, núm. 47. Daurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 280, núm. 403.

SECCION II.—¿En dónde se abren las sucesiones?

524. Según los términos del art. 110, la sucesión se abre en el Domicilio del difunto. Ante el tribunal del lugar en donde estaba domiciliado el difunto á su muerte, es á donde deben presentarse las acciones concernientes á la herencia. Así, pues, es muy importante saber cuál es ese domicilio. La cuestión se resuelve conforme á los principios que hemos expuesto en el primer libro del código civil, título III. Allí examinamos la cuestión de saber si un francés puede tener un domicilio en el extranjero, á la vez que conserve su nacionalidad. No es dudosa la afirmativa. Síguese de aquí que su sucesión, tanto como la de su mujer, se abrirán en el extranjero, en el lugar en donde el difunto estaba domiciliado, y en consecuencia, los tribunales franceses serán incompetentes (1). Si el francés ha conservado su domicilio en Francia, se aplica naturalmente el art. 110 y las consecuencias que de él se derivan (2). Cuando el francés reside en el extranjero y ha conservado su domicilio en Francia, se presentan dificultades sobre la competencia de los tribunales en cuanto á los bienes que el difunto poseer en el extranjero. Nosotros los examinaremos al tratar de la capacidad que se requiere para suceder. Pasa lo mismo con la sucesión de un extranjero residente en Francia ó que en ella posee bienes. Regularmente estará domiciliado en el extranjero, y allí se abrirá la sucesión; pero si hay algún francés llamado á su herencia, los tribunales franceses tienen competencia para amparar los intereses de los franceses, conforme á las leyes que rigen los derechos hereditarios de los franceses en concurso con herederos extranjeros (núm. 568).

Si el extranjero tiene su domicilio en Francia, su suce-

1 Sentencia de denegada apelación de 21 de Junio de 1863 (Daloz, 1865, I, 418).

2 Tolosa, 7 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 2, 41).

sión se abrirá en el lugar en donde esté domiciliado, conforme al derecho común. ¿Puede el extranjero tener un domicilio en Francia y cuál es este domicilio? Al tratar del domicilio, nosotros examinamos la cuestión (t. II número 68). A nuestro juicio, deben aplicarse al extranjero los principios que rigen el domicilio de los indígenas. La jurisprudencia vacila y carece de principio fijo. Mientras que la corte de casación juzga que el extranjero no puede adquirir domicilio en Francia sino cuando se establece con autorización del gobierno (1); la corte de Burdeos decide que el extranjero, aun en este caso, conserva su domicilio en el extranjero (2). Otro reproche tenemos que dirigir á la jurisprudencia de la corte de casación, y es que confunde dos cuestiones esencialmente diversas. Al suponer que el extranjero esté domiciliado en Francia, no se infiere que su sucesión esté regida por la ley francesa. Esta es una cuestión de estado. Remitimos á otro lugar de esta obra (t. I, núm. 87), en donde desarrollamos esta difícil materia.

525. La competencia de los tribunales está determinada por el lugar donde se abre la sucesión. Según el art. 822 conuinado con el 59 del código de procedimientos, hay que hacer diversas distinciones. ¿Ante qué tribunal se llevarán las acciones que uno de los herederos ó co-sucesores universales intenta contra sus consocios? Hay que distinguir si la acción se formuló durante la indivisión ó después de hecha la partición.

El art. 59 dice que las demandas entre herederos, hasta la partición inclusive, se llevarán ante el tribunal del lugar en donde se ha abierto la sucesión. Tales son las demandas de rendición de cuentas y todas las contiendas sobre las operaciones de la partición, sean preliminares,

1 Casación de 12 de Enero de 1869 (Daloz, 1869, 1, 294).

2 Burdeos, 16 de Agosto de 1845 (Daloz, 1847, 2, 45).

sean definitivas. El remate de ciertos bienes hereditarios es, por lo general, una de las operaciones que tienen por objeto la formación de la masa; luego está dentro de los términos de la ley. Esta regla se aplica á los sucesores universales que no son herederos, tales como los sucesores irregulares, donatarios ó legatarios; no hay ninguna razón para hacer una diferencia entre los diversos sucesores; los motivos que determinan la competencia se aplican á todos. La ley ha dado competencia al tribunal del lugar en donde se abre la sucesión para todo género de acciones personales ó reales, á fin de evitar que tribunales diferentes conozcan de demandas concernientes á una sola y misma sucesión, sea en razón de domicilio diferente de los diversos sucesores, sea en razón de la situación de los bienes. Por otra parte, en el lugar en donde se abre la sucesión es en donde se conocen mejor los bienes y los negocios del difunto.

Cuando se ha hecho la partición, cada uno de los co-participes se ha vuelto propietario exclusivo de los bienes comprendidos en su lote; los procesos que surjan entre ellos sólo conciernen á la masa; en consecuencia, ya no hay motivo para derogar las reglas generales sobre la competencia. Sin embargo, el art. 822 quiere que las demandas relativas á la garantía de los lotes entre co-participes y los de rescisión de la partición se lleven ante el tribunal de la apertura de la sucesión. Estas acciones son una consecuencia de la partición, teniendo unas por objeto su ejecución, tendiendo otras á hacer que se anule á fin de que se proceda á nueva partición. Era, pues, conveniente mantener la competencia del tribunal de la apertura de la sucesión, supuesto que están implicados en el debate los intereses generales de las sucesiones (1).

1 Chabot, t. 2º, ps. 259 y siguientes (art. 422, núms. 1 y 2). Durante creía que el código de procedimientos había derogado en es-

526. Los herederos, al hacer la partición, han dejado indivisos algunos inmuebles. Se pregunta ante qué tribunal debe llevarse la acción de licitación de esos inmuebles. Se ha fallado que el tribunal de la apertura de la sucesión no es ya competente, porque ya no se trata de la partición de la sucesión, sino únicamente de algunos inmuebles que han quedado indivisos (1); la acción deberá llevarse ante el tribunal de la situación de los bienes. Esto supone que no se trata de una partición parcial, sino de una partición definitiva; en este caso, es de toda verdad decir, con la corte de París, que la indivisión que subsiste respecto de algunos bienes, ya no es una indivisión entre co-herederos; después de la partición ya no hay co-herederos; si los co-participes han convenido en poseer algunos inmuebles en común, los poseen á título de comunistas; por lo mismo, nada tiene que ver en esto el art. 822 (2). Pero debería aplicarse este artículo si la primera partición sólo hubiese sido parcial; entonces habrá necesidad de una segunda partición, la cual, tanto como la primera, entra en la aplicación del art. 822 (3). No debe confundirse este caso con aquel en que, posteriormente á la partición, un tercero, que pretende tener la calidad de heredero, formula una demanda de petición de herencia contra los co-participes. Esta acción debe llevarse al tribunal de la apertura de la sucesión. En efecto, no se trata de una demanda nacida de la partición, porque ésta es extraña al actor, supuesto que no ha tenido en ella participio; así, pues, á su respecto, la

te punto al código civil. Véase en sentido contrario, Demolombe, t. 15, p. 616, núm. 632, y los autores que él cita. Compárese Dalloz, sucesión, núm. 1665.

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Mayo de 1807 (Dalloz, "Competencia," núm. 75).

2 París, 22 de Noviembre de 1838 (Dalloz, "Competencia," número 57); Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 454, núm. 660; Demante, t. 3º, p. 233, núm. 154 "bis," 1.

3 Demolombe, t. 15º, p. 618, núm. 633.

sucesión todavía está indivisa, y por consiguiente, se halla dentro de los términos como dentro del espíritu del art. 59 del código de procedimientos. El puede hasta invocar el art. 822 del código civil, puesto que su acción tiende á anular la partición. La corte de casación así lo ha fallado, y la cuestión no es dudosa (1).

527. En cuanto á las acciones de los acreedores del difunto, también hay que distinguir. Si se formulan antes de la partición, deben llevarse ante el tribunal del lugar en donde se abrió la sucesión. Después de la partición, se siguen los principios generales que rigen la competencia. Las razones de la distinción son las mismas que para los herederos. Debe agregarse que los acreedores ignoran á menudo cuáles son los herederos. Además, puede haber un gran número de ellos; la liquidación de las deudas se complicaría entonces irregularmente, si los acreedores debieran perseguir á los diversos herederos ante el tribunal del domicilio. Verdad es que si las deudas no se pagan antes de la partición, subsiste el inconveniente; pero por lo común se previene encargando á los diversos herederos el pago íntegro de las deudas hereditarias (2).

La ley no deroga las reglas generales sobre la competencia, sino respecto á las demandas de los acreedores, es decir, respecto á las acciones personales. En cuanto á las acciones reales se sigue el derecho común. Así es que las diligencias de expropiación forzosa se llevan ante el tribunal de la situación de los bienes. Los motivos por los cuales el legislador ha derogado la competencia, no se aplican á las acciones reales; luego quedan bajo el imperio de los principios generales.

528. Estas reglas reciben excepción cuando las partes

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 94).

2 Orleans, 11 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 113). Compárese Demante, t. 3º, p. 235, núm. 155 bis, II.

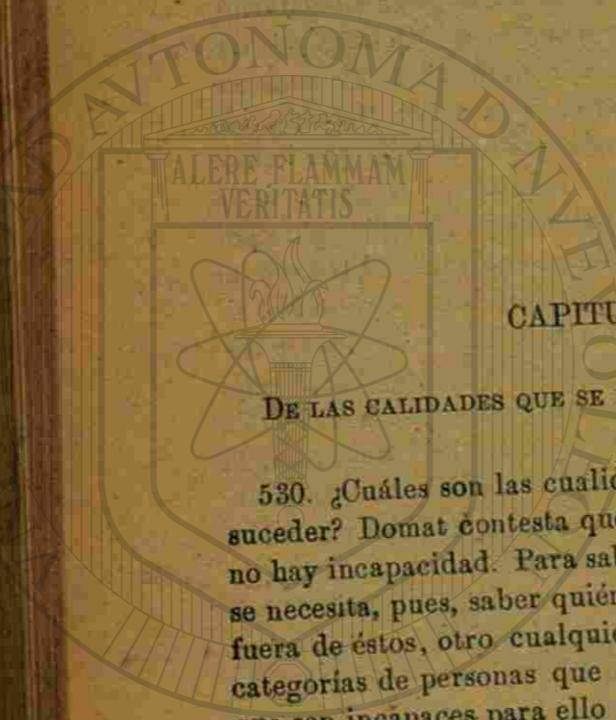
contrayentes han elegido un domicilio para la ejecución de sus convenios. Los contratos tienen fuerza de ley para las partes, y al derogar los principios que rigen la competencia, la ley no ha pretendido romper los compromisos de las partes interesadas; lejos de romperlos, les da la sanción de la autoridad pública. Sígnese de aquí que las reglas especiales establecidas en materia de sucesión, no son aplicables sino cuando las partes quedan bajo el imperio del derecho común.

Se ha fallado que las reglas de competencia establecidas en materia de sucesión, tienen también una excepción cuando no hay más que un solo heredero. En efecto, el texto mismo del código de procedimientos no puede ya aplicarse en este caso. El supone que hay varios herederos que el acreedor no puede conocer; este motivo desaparece cuando no hay más que un solo heredero. El código quiere prevenir la división de las acciones, y cuando no hay más que un solo heredero, no hay división. Dícese en el art. 59, que las acciones intentadas antes de la partición, deben llevarse ante el tribunal del lugar en donde se abrió la sucesión, y no hay partición cuando es uno solo el heredero. Así es que el texto y el espíritu de la ley quieren que se apliquen las reglas generales sobre la competencia.

529. El código de procedimientos (art. 59) agrega que el tribunal del lugar en donde se abre la sucesión es además competente en las demandas relativas á la ejecución de las disposiciones por causa de muerte hasta el fallo definitivo. ¿Qué motivo tiene esta regla? Las demandas relativas á la ejecución de los legados tienen por objeto la entrega de las cosas legadas, que el legatario debe pedir al heredero ocupante; la entrega es para el legatario, lo que la acción de partición para el heredero; de donde se sigue que los motivos por los cuales las demandas de los

herederos deben llevarse ante un tribunal único, se aplican por vía de analogía á las acciones de los legatarios. Hay, sin embargo, una diferencia; la ley dice que el tribunal del lugar en donde se abre la sucesión es competente para fallo definitivo. ¿Cuál es este fallo? La cuestión está controvertida. Se pretende que es el fallo que homologa la partición; de donde se seguirá que después de la partición, la acción de los legatarios ya no está regida por el art. 59. Esta interpretación es contraria al texto y al espíritu de la ley. El código no dice *hasta la partición*, sino *hasta el fallo*, lo que implica un debate entre los legatarios y los herederos. Poco importa que este debate surja después de la partición. La partición no es concerniente á los legatarios y nunca puede oponérseles. Su demanda tiene por objeto la ejecución de los legados, la entrega de las cosas legadas lo que para ellos equivale á partición; luego tanto por el espíritu como por el texto de la ley, la acción debe siempre llevarse ante el tribunal del lugar en donde se abre la sucesión, importando poco que haya ó no partición, y aun cuando no hubiese lugar á partición, lo que sucede cuando no hay más que un solo heredero (1).

(1) Los autores están divididos y la jurisprudencia vacila. Véanse las autoridades citadas en Dalloz, "Competencia," núms. 97-101. Compárese Demolombe, t. 15, p. 623, núms. 685 y 686.



CAPITULO II

DE LAS CALIDADES QUE SE REQUIEREN PARA SUCEDER.

530. ¿Cuáles son las cualidades que se requieren para suceder? Domat contesta que la capacidad resulta de que no hay incapacidad. Para saber quién puede ser heredero, se necesita, pues, saber quiénes no pueden serlo; porque fuera de éstos, otro cualquiera puede serlo. Existen dos categorías de personas que no pueden ser herederos: los que son incapaces para ello y los que se han hecho indignos (1). Tal es la respuesta de Domat á nuestra pregunta, y él la decide negativamente más bien que afirmativamente. El código civil asienta el mismo principio y en los mismos términos. Su decisión es también negativa, en el sentido de que el art. 725 declara cuáles son las personas *incapaces* para suceder, y el art. 726 dice cuáles son las personas *indignas*. ¿Qué personas tienen, pues, las calidades que se requirren para suceder? Las que no son incapaces ni indignas. La redacción de la ley no carece de importancia, como lo diremos al tratar de los efectos de la indignidad.

1 Domat, "De las leyes civiles," 2ª parte, lib I; tít. I, sec. II, número 1, ps. 335 y 336.

531. ¿Las reglas concernientes á la incapacidad ó indignidad son generales, en el sentido de que se apliquen á todo género de sucesiones? Se ha fallado que ellas se aplican á las sucesiones testamentarias; volveremos á tratar la cuestión en el título de las *Donaciones*. Distinta es la cuestión de saber si las causas de incapacidad y de indignidad son aplicables á las sucesiones irregulares. Casi no es dudosa la afirmativa. En efecto, los términos de la ley son generales. El capítulo II se intitula: "De las calidades que se requieren para *suceder*;" el art. 525 dice: "Son incapaces de *suceder*;" y el art. 626: "Son indignos de *suceder*, y como tales están excluidos de las *sucesiones*." Ahora bien, los sucesores irregulares suceden; hasta pueden recoger todos los bienes que componen la herencia y adquieren su propiedad con el mismo título que los herederos legítimos, es decir, en virtud de la ley, en el momento del fallecimiento y de derecho pleno; luego es preciso que tengan calidad para suceder. Basta leer las disposiciones que establecen las causas de incapacidad y de indignidad para convenirse de que los sucesores irregulares, tales como el hijo natural y el cónyuge, no pueden recoger los bienes cuando son incapaces ó indignos. En cuanto al Estado, para él no podría tratarse de incapacidad ni de indignidad (1).

532. ¿Quién puede oponer las causas de incapacidad ó de indignidad? La ley no establece ningún principio en este particular, lo que quiere decir que debemos atenemos al derecho común. Luego todos los que tienen algún interés pueden oponer al poseedor de una herencia que él no tiene las calidades que se requieren para suceder. Se ha fallado que el deudor perseguido por un heredero puede oponerle que no tiene las calidades que se requieren para suceder, porque no estaba concebido en la época en que se abrió la sucesión. El caso era que el pariente incapaz

1 Demolombe, t. 13, p. 236, núm. 164.

había sido recibido en la partición por los verdaderos herederos; pero tal reconocimiento no le daba título ninguno respecto de los terceros; permanecería sin calidad ninguna, es decir, incapaz, y por consiguiente, sin derecho ninguno, para exigir el pago de los créditos hereditarios (1). Lo mismo sería si un indigno tomase posesión de la herencia ó fuese admitido á la partición por sus coherederos, los deudores podrían repelerlo, con la ley en la mano, supuesto que el art. 527 *excluye* de la herencia á los indignos. Y lo que decimos de los deudores es cierto de todas las partes interesadas.

SECCION I.—De las personas incapaces de suceder.

533. Según los términos del art. 725, son incapaces de suceder: "el que todavía no está concebido, el hijo que no es viable, el que ha muerto civilmente." El art. 526 añade que el extranjero es, en principio, incapaz de suceder. Esta última incapacidad está abolida en Francia y en Bélgica, según lo diremos más adelante; la muerte civil está igualmente abolida, de suerte que no quedan más que la incapacidad de los hijos no concebidos en la época de la apertura de la herencia, y de los que no nacen viables. Estas dos incapacidades son, en realidad, una sola, supuesto que en la teoría del código, el hijo que no es viable está asimilado con el hijo que muere al nacer, es decir, con un ser inexistente. De donde se infiere que la falta de existencia es la única incapacidad que parece subsistir en el derecho moderno (2). Esto, sin embargo, es demasiado absoluto. Queda en pie una cierta incapacidad sobre el extranjero que concurre con algunos herederos franceses, en el sentido de que éstos ejercen un apartamiento de

1 Nimes, 16 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 126).

2 Demolombe, t. 13, p. 240, núms. 171-173.

fondos, según lo explicaremos más adelante; así es que, en cierto sentido, se le puede colocar entre los incapaces.

534. En el antiguo derecho, los religiosos eran incapaces de heredar. Pothier da las razones de esto. En primer lugar, ellos perdían el estado civil al hacer profesión; en efecto, la profesión consistía en morir para el mundo, por lo que estaban muertos en lo que era concerniente á las relaciones civiles. La segunda causa era el voto de pobreza que los incapacitaba para adquirir inmuebles, y por consiguiente, para recoger ninguna especie de sucesión, aun cuando fuese inmobiliaria, porque la adquisición á título universal de muebles se asimilaba á la adquisición de inmuebles. Esta segunda razón era la decisiva. El religioso podía ser restituido á la vida civil por el episcopado, pero seguía siendo incapaz de heredar. Por otra parte, el religioso, aunque dispensado de sus votos por el Papa, seguía siendo incapaz de recoger una herencia; porque, decía Pothier, el poder del Papa, que es completamente espiritual no puede devolver á aquél la vida civil que ha perdido (1).

Esta incapacidad ya no existe en nuestro derecho moderno, por más que subsistan las razones que la habían establecido. Se tiene al religioso como muerto para el mundo, porque tal es la fórmula de la profesión que él hace; y el voto de pobreza es la que distingue al clero regular. Supuesto que subsisten las causas de incapacidad ¿por qué ésta ha dejado de subsistir? Porque se ha roto el vínculo que en otro tiempo unía el orden civil con el religioso, sobre todo en países que, como en Bélgica, la Iglesia está separada del Estado. En el nuevo régimen, los actos religiosos no tienen ya efecto civil ninguno. Esto, sobre todo, se sacrifica respecto de los votos, supuesto que la ley ya no los reconoce. De todos modos, resulta de esto

1 Pothier, "Tratado de las sucesiones," cap. 1º, sec. 2º, pfo. 4º

había sido recibido en la partición por los verdaderos herederos; pero tal reconocimiento no le daba título ninguno respecto de los terceros; permanecería sin calidad ninguna, es decir, incapaz, y por consiguiente, sin derecho ninguno, para exigir el pago de los créditos hereditarios (1). Lo mismo sería si un indigno tomase posesión de la herencia ó fuese admitido á la partición por sus coherederos, los deudores podrían repelerlo, con la ley en la mano, supuesto que el art. 527 *excluye* de la herencia á los indignos. Y lo que decimos de los deudores es cierto de todas las partes interesadas.

SECCION I.—De las personas incapaces de suceder.

533. Según los términos del art. 725, son incapaces de suceder: "el que todavía no está concebido, el hijo que no es viable, el que ha muerto civilmente." El art. 526 añade que el extranjero es, en principio, incapaz de suceder. Esta última incapacidad está abolida en Francia y en Bélgica, según lo diremos más adelante; la muerte civil está igualmente abolida, de suerte que no quedan más que la incapacidad de los hijos no concebidos en la época de la apertura de la herencia, y de los que no nacen viables. Estas dos incapacidades son, en realidad, una sola, supuesto que en la teoría del código, el hijo que no es viable está asimilado con el hijo que muere al nacer, es decir, con un ser inexistente. De donde se infiere que la falta de existencia es la única incapacidad que parece subsistir en el derecho moderno (2). Esto, sin embargo, es demasiado absoluto. Queda en pie una cierta incapacidad sobre el extranjero que concurre con algunos herederos franceses, en el sentido de que éstos ejercen un apartamiento de

1 Nimes, 16 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 126).

2 Demolombe, t. 13, p. 240, núms. 171-173.

fondos, según lo explicaremos más adelante; así es que, en cierto sentido, se le puede colocar entre los incapaces.

534. En el antiguo derecho, los religiosos eran incapaces de heredar. Pothier da las razones de esto. En primer lugar, ellos perdían el estado civil al hacer profesión; en efecto, la profesión consistía en morir para el mundo, por lo que estaban muertos en lo que era concerniente á las relaciones civiles. La segunda causa era el voto de pobreza que los incapacitaba para adquirir inmuebles, y por consiguiente, para recoger ninguna especie de sucesión, aun cuando fuese inmobiliaria, porque la adquisición á título universal de muebles se asimilaba á la adquisición de inmuebles. Esta segunda razón era la decisiva. El religioso podía ser restituido á la vida civil por el episcopado, pero seguía siendo incapaz de heredar. Por otra parte, el religioso, aunque dispensado de sus votos por el Papa, seguía siendo incapaz de recoger una herencia; porque, decía Pothier, el poder del Papa, que es completamente espiritual no puede devolver á aquél la vida civil que ha perdido (1).

Esta incapacidad ya no existe en nuestro derecho moderno, por más que subsistan las razones que la habían establecido. Se tiene al religioso como muerto para el mundo, porque tal es la fórmula de la profesión que él hace; y el voto de pobreza es la que distingue al clero regular. Supuesto que subsisten las causas de incapacidad ¿por qué ésta ha dejado de subsistir? Porque se ha roto el vínculo que en otro tiempo unía el orden civil con el religioso, sobre todo en países que, como en Bélgica, la Iglesia está separada del Estado. En el nuevo régimen, los actos religiosos no tienen ya efecto civil ninguno. Esto, sobre todo, se sacrifica respecto de los votos, supuesto que la ley ya no los reconoce. De todos modos, resulta de esto

1 Pothier, "Tratado de las sucesiones," cap. 1º, sec. 2º, pfo. 4º

una oposición chocante entre el orden civil y el religioso. Existen siempre hombres que declaran solemnemente que mueren para el mundo, pero que resucitan en el momento en que se abre una sucesión á la que los llama la ley ó el difunto. ¿Cómo es que haciendo voto de pobreza, vienen á recoger herencias? El voto de pobreza, en el orden civil, es una mentira. En otro tiempo decíase en Francia que había que desconfiar de los jesuitas, gente que tenía una conciencia ultramontana en Roma, y una conciencia galicana en París. En nuestros días, todo religioso tiene doble conciencia; está y no está muerto para el mundo: hace y no hace voto de pobreza. ¿Puede haber sentido moral en donde hay dos conciencias?

§ I.—DE LOS QUE NO EXISTEN.

Núm. 1. Del hijo no concebido.

535. El art. 725 dice: "Para suceder: es preciso existir en el instante en que se abre la sucesión." De esto la ley deduce: "Así es que es incapaz de suceder él que todavía no ha sido concebido." ¿Por qué se necesita existir en el momento en que la sucesión se abre para poder suceder? Pothier contesta: porque suceder es adquirir la propiedad de los bienes que el difunto deja, y la nada no puede tener ninguna propiedad (1). Esto es de toda evidencia. Pero no está aquí la verdadera dificultad que el art. 725 decide. Se pregunta por qué es de absoluta necesidad existir en el momento de abrirse la herencia. Porque en ese momento es cuando se transmiten los bienes del difunto. En el momento mismo en que éste muere es cuando el heredero se apodera de los bienes: así es que éste debe existir; si no está concebido, no puede hacerse ninguna trans-

1 Pothier, "De las sucesiones," cap. I, sec. III, art. I. Duranton, t. 4°, p. 85, núm. 67.

misión de propiedad en su provecho, aun cuando fuere concebido más tarde; porque en el momento en que sea concebido, la sucesión se ha transmitido al heredero que existía al verificarse la apertura; así es que ya no puede ser cuestión de transmitir una sucesión que está transmitida de antemano. El caso se presenta con bastante frecuencia. Un hombre muere dejando como herederos á sus hijos y descendientes. Después de su muerte, nace un hijo que no estaba concebido al abrirse la sucesión: ¿tendrá una parte en la herencia de su abuelo? Nó, porque no existía cuando ésta se abrió; luego fué definitivamente transmitida y adquirida por los hijos y descendientes que existían en aquel momento. Esto es muy jurídico, pero duro. Así es que, de hecho, como acabamos de decirlo, acaese que se dé una parte en los bienes á los póstumos, pero sin derecho ninguno, por pura equidad ó humanidad. La cuestión se ha presentado en el antiguo derecho, cuando no había ley positiva, y se resolvió en ese sentido conforme á las conclusiones de Aguesseau. Serres cita una sentencia contraria del parlamento de Tolosa, fundada en pésimas razones, dice Merlin. Sin embargo, d'Aguesseau pensaba que podía preferirse el nieto al Estado, menos como un verdadero heredero que como de la familia, y con este título, más digno de favor que el fisco. Estas derogaciones del derecho, por motivos de humanidad, no son ya admisibles bajo el imperio de una ley que corta la cuestión (1).

536. Al decir que el hijo que todavía no está concebido al abrirse la sucesión es incapaz de heredar, la ley dice implícitamente que es capaz el hijo concebido en aquel momento. El código no establece en ninguna de sus partes que se tenga por nacido el hijo concebido, y que, en consecuencia, sea capaz de ejercitar los derechos que se

1 Merlin, Repertorio, en la palabra "Sucesión," sec. I, pfo. II, artículo I (t. 23, p. 267).

abren en su favor. En derecho romano, se adoptaba la ficción, si no de una manera absoluta, al menos en ciertos casos. Háse dicho que en el derecho francés, toda ficción era inútil, porque la ley establece como principio que la existencia es suficiente para que uno sea un ser capaz de derecho; ahora bien, el hijo concebido existe (1). Esto es poner al hijo concebido en la misma línea que al nacido; la ley no dice eso, sino que más bien dice lo contrario: el hijo nacido y viable es una persona y goza de una plena capacidad, mientras que el hijo concebido no existe aún como persona; si puede heredar, es, dice el art. 725, con la condición de que nazca viable. En este sentido es como explica la ley el relator del Tribunado. "No es necesario, dice él, que el hijo haya nacido para que sea hábil para suceder: basta que esté concebido, porque el hijo existe realmente desde el instante de la concepción, y porque se tiene por nacido cuando en ello va implicado su interés, según las leyes romanas. Esta presunción de nacimiento, que equivale al mismo nacimiento, para deferir el derecho de herencia, cesa de tener lugar si el hijo no nace y si no nace viable" (2). Así, pues, el principio es que al hijo concebido se le tenga por nacido cuando en ello va implicado su interés.

II. Prueba de la concepción.

537. Como la capacidad ó incapacidad para suceder, depende del momento preciso de la concepción, sería muy importante determinarlo con certeza. Pero la cosa es imposible, y en razón de esta imposibilidad la ley establece presunciones en el título de la *Paternidad*. El hijo nacido el día 180° del matrimonio, se tiene por concebido durante éste, y por lo tanto, es legítimo; el hijo que nace den-

1 Dacourroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 288, núm. 416.

2 Chabot, Dictamen núm. 14, (Loché t. 5°, p. 107).

tro de los 300 días después de la disolución del matrimonio, también se tiene por concebido durante éste, es decir, por legítimo. Cuando el marido ha estado en la imposibilidad de cohabitar con su mujer, el hijo será legítimo, si el marido no prueba que no ha podido cohabitar con su mujer desde el día 100° hasta el 180° antes del nacimiento del niño (arts. 312, 314 y 315). Estas presunciones, establecidas en favor de la legitimidad ¿pueden invocarse cuando el hijo se presenta para recoger una herencia? En esta cuestión reina una extrema incertidumbre; cada autor tiene su sistema. La jurisprudencia se ha pronunciado por la aplicación de las presunciones. Si debieramos elegir entre las vacilaciones de la doctrina y la opinión consagrada por las sentencias, preferiríamos la jurisprudencia, que al menos tiene la ventaja de poseer un principio cierto que pone término á toda disputa; y además, la ventaja de el momento de la concepción, se establece de una manera idéntica, sea que se trate de la legitimidad del hijo, sea que se trate de un derecho á la herencia. Vamos desde luego á exponer este sistema sencillísimo, y por consiguiente muy práctico:

Nace un niño nueve meses y veintinueve días después del fallecimiento de su hermana uterina. ¿Puede sucederla? Si lo puede si se explica la presunción del art. 315; como ha nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, es legítimo, hereda á sus padres; por consiguiente, debe también ser hábil para suceder á su hermana; la sucesibilidad, es, en efecto, una consecuencia inmediata de la legitimidad. Tales son los términos de una sentencia de denegada apelación que aprueba altamente la sentencia de la corte de París, al decir que ésta se ha atendido *sabiamente* á los principios generales que rigen la sucesibilidad á la vez que la legitimidad. En otro caso, la corte de Orleans admitió á la sucesión de la hermana á

un niño nacido 296 días después de la apertura de la herencia, invocando el principio consagrado por la corte de casación; la calidad de heredero es una consecuencia de la legitimidad; luego unas mismas reglas deben servir para determinar una y otra. A recurso interpuesto, recayó una sentencia de denegada apelación, menos formal, sin embargo, que la primera (1). Desde entonces, la cuestión ha dejado de llevarse ante la corte suprema. Pero las cortes de apelación continúan fallando en el mismo sentido.

La corte de Grenoble ha admitido á la sucesión á un niño nacido 292 días después de la apertura de la herencia. Conforme al art. 315, no habría podido ponerse en duda la legitimidad de tal niño. Debe también considerársele como legítimo, es decir, como nacido antes de la muerte del difunto, en materia de sucesión, porque, dice la sentencia, existe una correlación íntima y necesaria entre las leyes que rigen el estado de las personas y las que determinan la capacidad para suceder; si para poner fin á las incertidumbres de la ciencia, el legislador ha establecido presunciones que fijen de una manera invariable la época de la concepción, las mismas razones existen para la transmisión de la herencia, y en donde hay la misma razón para decidir, debe recaer la misma decisión (2).

La jurisprudencia aplica también las presunciones contra el hijo. Se ha fallado que el hijo nacido 300 días después de la apertura de una sucesión, no puede pretender á ningún derecho. Como el legislador ha establecido un límite que fija la duración de la preñez para prevenir las incertidumbres, la misma presunción debe aplicarse en materia de sucesión, porque importa también, en esta materia, las incertidumbres que ningún medio de prueba

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Febrero de 1821 y de 28 de Noviembre de 1833 (Dalloz, en la palabra "Sucesiones," número 851).

2 Grenoble, 20 de Enero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 39).

podría hacer desaparecer. El silencio que el legislador ha guardado á este respecto en el art. 725, no puede aplicarse sino por la intención de atenerse á las disposiciones del 315. Tales son los términos de una sentencia de la corte de Poitiers (1).

538. Si tuviéramos que hacer una ley, la haríamos sobre poco más ó menos en el sentido de la jurisprudencia. Pero existe una ley que debe interpretarse. La cuestión está en saber cómo probará el hijo que reclama una sucesión que estaba concebido en el momento en que aquélla se abrió. ¿Puede invocar, á título de prueba, las presunciones que el código establece en materia de legitimidad? Tal es la dificultad, y cosa singular, las sentencias guardan silencio acerca de este punto, que es, sin embargo, el nudo de la cuestión. Colocada en este terreno, la jurisprudencia no podría justificarse. Acabamos de recordar los principios que rigen las presunciones legales, principios adoptados por los autores y por las sentencias; por mejor decir, la ley misma es la que los consagra al decir que la presunción legal es la que se aplica por una *ley especial* á ciertos actos ó hechos (art. 1350).

¿Los arts. 312, 314 y 315 establecen algunas presunciones? Esto nunca se ha puesto en duda; todos admiten que el legislador ha debido recurrir á ciertas presunciones para determinar el momento de la concepción, porque no puede establecerse por las pruebas ordinarias. Hay que agregar que no existen presunciones más especiales que las que fijan la época de la concepción, se han creado únicamente por interés de la legitimidad; existen casos en que evidentemente están fuera de la verdad; el legislador se ha contentado con una ficción, porque, como lo decía el primer cónsul, el Estado no tiene interés en que haya

1 Poitiers, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 129); Compárese Aubry y Rau, t. 4º, p. 167, nota 2. Durantou, t. 6º p. 92, núm. 72.

bastardos adulterinos. ¿Las presunciones, que no son más que ficciones contrarias á la realidad de las cosas, pueden extenderse á casos no previstos por la ley? Ciertamente que nó. Aquí nos marcan el alto y nos dicen que la legitimidad y la capacidad para suceder están enlazadas con vínculo necesario, supuesto que el derecho de suceder está unido á la calidad de hijo legítimo. Nosotros contestamos que la objeción ó el argumento confunde dos órdenes de ideas muy diferentes. Sin duda que la legitimidad da derecho á suceder, pero ¿basta con ser legítimo para ser capaz de suceder? El art. 725, que determina las calidades que se requieren para suceder, ni siquiera habla de la legitimidad; la supone, puesto que trata de la sucesión, y que en general los parientes legítimos son los únicos que heredan; pero los hijos naturales también heredan; y también ellos deben estar concebidos al abrirse la herencia. Sin embargo, es de toda evidencia que los hijos naturales no pueden prevalerse de las presunciones establecidas en el título de la *Paternidad*, en favor de los hijos legítimos. Luego la capacidad de suceder no se confunde con la legitimidad.

¿Diráse que las dos cuestiones son al menos conexas é inseparables cuando se trata de hijos legítimos? Aquí hay una nueva confusión. Se confunden los *derechos* que resultan de la legitimidad con la *prueba* que la ley admite para establecer la calidad de hijo legítimo. ¿Basta que el hijo sea legítimo para que herede? Nó; debe probar que estaba concebido en el momento en que se abrió la sucesión. La cuestión está en saber cómo rendirá esa prueba. Cuando se trata de probar su legitimidad, la ley le permite que invoque las presunciones que ella ha criado. Pero cuando el hijo se presenta á una sucesión, la cuestión ya no es de legitimidad: él es legítimo, y como tal, es reconocido: debe probar que estaba concebido al abrirse la herencia;

ahora bien, él puede ser legítimo, sin discusión ninguna, y sin embargo, haber sido concebido posteriormente á la apertura de la sucesión. Las dos cuestiones son, en este caso, absolutamente distintas, y en breve probaremos que en derecho estricto siempre lo son. Queda en pié la dificultad de prueba. En materia de legitimidad, el momento de la concepción se prueba por medio de presunciones; ¿es admisible la misma prueba cuando se trata de probar que el hijo estaba concebido al abrirse la herencia? Idéntico motivo existe para decidir, dice la jurisprudencia. Demos por supuesto que haya analogía completa; esto no sería suficiente para extender las presunciones legales, porque éstas jamás se extienden. Por otra parte, ¿realmente es cierto que haya analogía? Sin duda que la prueba directa de la concepción es imposible, trátase de herencia ó de legitimidad. Pero hay una diferencia, y es capital, que la legitimidad es concerniente al orden público; á la sociedad le importa que los hijos sean legítimos ó que por tales se les tenga, mientras que la apertura de una sucesión pone en presencia intereses pecuniarios: hay un heredero capaz de suceder que quiere alejar de la sucesión á un pariente que se pretende que no ha existido cuando se abrió la sucesión. ¿Está la sociedad interesada en establecer ficciones para asegurar los derechos inciertos del hijo que se dice concebido en el momento de la apertura de la herencia, contra el capaz de suceder cuyo derecho es claro? Conforme al derecho estricto, la decisión es muy sencilla: el derecho cierto debe prevalecer sobre el incierto. Lo que el derecho decidía está también puesto en razón. Las presunciones que se invocan son ficciones muy á menudo contrarias á la verdad, y ¿es justo que se dé una herencia á un hijo porque se le *presume* concebido á la apertura, cuando en realidad dicho niño no estaba concebido? ¿es justo despojar al heredero cuyo dere-

cho es cierto en provecho del hijo cuyo derecho es más que incierto? Cuando se trata de intereses pecuniarios, la justicia tanto como el derecho estricto exigen que sucumba aquél que no logra probar sus pretensiones.

539. La opinión rigurosa que estamos sosteniendo no tiene ninguna probabilidad de ser acogida. Veamos, pues, lo que los autores dicen. Sus vacilaciones y sus inconsecuencias dan una nueva fuerza á la opinión que se funda en el rigor del derecho. La mayor parte distingue: admiten las presunciones cuando la cuestión de legitimidad se enlaza con la de sucesibilidad, y las rechazan cuando la cuestión de saber si un hijo estaba concebido al abrirse la herencia es independiente de la cuestión de legitimidad. En este último caso, están de acuerdo con nosotros en contra de la jurisprudencia (1).

¿Cuáles son los casos en que, según los autores, estando englobada la cuestión de sucesibilidad en la de legitimidad, una y otra deben resolverse por las presunciones legales que fijan la época de la concepción? El niño nace en menos de 300 días después del fallecimiento del marido de su madre; es hábil para suceder, porque no puede ponerse en duda su legitimidad; luego se le presume concebido durante el matrimonio, es decir, antes de la muerte del marido; ahora bien, por el hecho de que es legítimo, puede suceder, porque no se le considera como tal, sino porque la ley presume que fué concebido durante el matrimonio. Si no se le admitiera á suceder, con esto mismo se decidiría que no estaba concebido al morir su padre, lo que implicaría que no es legítimo, siendo así que la ley lo declara legítimo. Luego es fuerza declararlo capaz de suceder. Nosotros decimos que, aun en este caso,

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 288, núm. 418; Marca-dé, t. 3º, p. 37 (art. 725, núm. 2); Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 2º, p. 240, nota 2. Demolombe, t. 5º, p. 103, núm. 100.

el más favorable de todos, las dos cuestiones son distintas. El niño que nace doscientos noventa y nueve días después de la muerte del marido de su madre, es legítimo; cuando se presenta á la sucesión del difunto, los parientes que quieren separarlo no discuten su legitimidad, sino que se limitan á sostener que dicho niño no estaba concebido al abrirse la herencia y que, por tanto, no puede suceder. El hijo diría: Se presume que he sido concebido durante el matrimonio, luego lo fui antes de la muerte del difunto. Se le contestará. Esta presunción establece tu legitimidad, que no ponemos en duda, pero no prueba de una manera absoluta la época de tu concepción, porque la ley no establece esa presunción absoluta, y la que ella establece tú no puedes extenderla. El hijo clamará que esto es un absurdo. ¿Se puede presumir que fui concebido para ser legítimo, y no se puede presumir que fui concebido para suceder á aquél de quien soy hijo legítimo? De hecho habrá sin duda una contradicción lamentable y por esto no querríamos que la ley decidiese la cuestión á favor del hijo. ¿Pero el código civil la ha resuelto á favor de éste? No. El ha creado una ficción por interés de la legitimidad. En el caso de que se trata, es que se disputa con derechos pecuniarios; una prueba tan incierta como las presunciones ha podido muy bien admitirse para favorecer la legitimidad, pero de aquí no se deduce, legalmente hablando, que deba aceptarse para ventilar un conflicto pecuniario.

Acéptanse también las presunciones legales cuando el niño nacido en menos de los 300 días después del fallecimiento del marido de su madre, se presenta á la sucesión de un colateral fallecido posteriormente. Se conviene, no obstante, que en este caso se trata de una pura cuestión de sucesión. Los colaterales no disputan la legitimidad del hijo; éste, supónese que como presunto hijo legítimo, no ha recogido la sucesión de su padre; cuando está en

conflicto con algunos colaterales, se trata únicamente de saber si nacido 290 días después de la apertura de la herencia, estaba concebido en esta época; ¿por que, pues, deciden los autores que el hijo puede invocar las presunciones? El uno contesta que porque sería absurdo que el hijo, después de haber sido admitido á la sucesión de su padre, como concebido á la muerte de éste, fuese separado de una sucesión colateral, como no concebido en aquel momento. Otro dice que al separar al hijo, se deshonoraría á la madre (Mourlon). Excelentes razones para inducir al legislador á generalizar las presunciones concernientes á la concepción; pero muy malas para autorizar al intérprete á que extienda presunciones especiales. Aun bajo el punto de vista legislativo, habría muchas cosas que decir. Cuando el hijo nace próximamente diez meses después de la muerte del marido de su madre, casi siempre fué concebido después de la disolución del matrimonio: es un hijo natural que, por un interés social, la ley presume que sea legítimo. ¿Pero la presunción debe llegar hasta despojar á los herederos de un derecho hereditario para otorgarlo al hijo? El legislador puede hacerlo; pero evidentemente que el intérprete no puede hacerlo.

540. Cuando la cuestión de sucesibilidad es independiente de la de legitimidad, el hijo no puede, en la opinión general de los autores, invocar las presunciones legales. El niño nace en el curso de un matrimonio sin que exista ninguna causa de desconocimiento. Se trata de saber si él puede recoger una sucesión abierta seis ó diez meses antes de su nacimiento. El no puede prevalerse de las presunciones, porque no se trata de su legitimidad, y la honra de la madre no saldría á lucir. Queda por averiguar de qué manera probará el hijo el momento de su concepción. Nasotros contestamos: Conforme al derecho económico, supuesto que el código no lo deroga. La prueba será muy

difícil si el hijo pretende que el parto fué prematuro ó tardío; pero la decisión será muy sencilla si el hijo no rinde la prueba que le incumbe, él no sucederá por el hecho solo de no haber probado la apertura de la sucesión.

Este resultado que parece riguroso, por más que en su fondo sea injusto, ha inducido á la mayor parte de los autores á imaginar nuevas presunciones. Marcadè, después de haber establecido con gran fuerza el principio restrictivo que rige las presunciones, acaba por establecerlas á su antojo; él admite el minimum de 180 días para las más largas preñeces, de aquí deduce presunciones que nos parece inútil repetir (1). Si las mencionamos, es para que consten las inconsecuencias de los autores, inconsecuencias indeclinables cuando se desvían del rigor de los principios. Un jurisconsulto que es muy superior á Marcadè cae en el mismo escollo. Sin duda alguna, dice Demante, que para determinar, si no precisamente, al menos aproximadamente, la época de la concepción, no debe uno servirse de las presunciones establecidas á este efecto en el título de la *Paternidad*. Pero es igualmente evidente que ellas no podrían tener aquí, indistintamente y en todos los casos, fuerza de presunciones legales. Con esto queda la puerta abierta á lo arbitrario, porque el intérprete será el que decida; cuando tengan las presunciones fuerza de ley ayudarán únicamente al juez en la determinación de la época de la concepción (2); ¿cómo es que un entendimiento tan recto ha podido admitir presunciones que son á la vez legales y no legales? Por último, Demolombe ha venido á reducir á sistema este arbitrario (3); á nuestro juicio, al querer sistematizarlo, le ha dado el tiro de gracia. Las presunciones de los arts. 312 y 315, dice él, no tendrán, en

1 Marcadè, t. 3º, p. 41, art. 725, núm. 5.

2 Demante, "Curso analítico," t. 3º, p. 31, núms. 32 y 32 bis, I.

3 Demolombe, t. 13, ps. 265 y siguientes, núm. 185.

materia de sucesión, la fuerza de una prueba irrefragable; pero el hijo podrá invocarlas, salvo el que la parte adversa rinda la prueba. Esto es imaginar un nuevo género de presunciones ó semi-presunciones. ¿Con qué derecho? Contéstase que de todo punto es necesario recurrir á una presunción. Luego habrá presunciones á título de *necesidad*. Por lo tanto, el juez podrá crear presunciones tan á menudo como lo crea necesario. El será el que decida si debe recurrirse á presunciones, y él quién las forme. ¿En qué reposa esta extraña doctrina? Veamos la primera razón alegada por Demolombe, y la vamos á presentar como ejemplo: Supuesto que la ley ha admitido tal presunción en materia de filiación, es porque evidentemente en nada es contraria al orden de la naturaleza; por lo mismo, es posible que el hijo que la invoca haya sido concebido en el instante de abrirse la sucesión. En resumen, el argumento es éste: esto es posible ¡luego es! ¡He aquí en lo que viene á parar el intérprete cuando se constituye en legislador!

Núm. 2. Del hijo muerto al nacer.

541. "Los hijos muertos al nacer, dice Domat, no pueden suceder aun cuando estuviesen vivos en el seno de la madre; porque puede decirse que jamás han estado en el mundo, y que por lo mismo, no han podido tener derecho á nada" (1). El código no habla de los hijos que mueren al nacer, pero los declara implícitamente incapaces, al establecer el principio de que, para suceder, es del todo necesario existir en el instante de la apertura de la herencia; ahora bien, los hijos muertos al nacer jamás han estado, legalmente hablando, en el número de los vivientes, puesto que jamás vieron la luz. Esta es la decisión de las

1 Domat, "Leyes civiles," parte 2ª, lib. 1º, tit. 1º, sec. 2ª, núm. 4, p. 336.

leyes romanas y la del sentido común. Pudiera decirse que tales hijos existieron, supuesto que vivieron en el seno de la madre; y como el hijo concebido se tiene por nacido, pudo heredar. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que si al hijo concebido se le tiene por nacido, es por una ficción de la ley (núm. 536), pero para que pueda invocarse esta ficción, se necesita, según los términos del art. 725, núm 2, que el niño *nazca viable*. Ahora bien, el hijo que muere al nacer no nace, por lo que no está satisfecha la condición por la cual la ley lo declara hábil para suceder; él está colocado entre los incapaces. Esto se funda también en la razón; los bienes no son necesarios y útiles sino á los que viven, y el niño que nace muerto no vive, no es una persona y jamás lo ha sido, luego no puede recoger los bienes destinados á las personas.

542. Este principio sirve para resolver una cuestión que se ha llevado ante la corte de Colonia. Se descubre un niño en el vientre de la madre después de muerta ésta. Los testigos declaran que se procedió al bautismo; ¿debe inferirse de esto que el niño nació vivo y hábil para suceder? Se falló que este niño, muerto antes de haberlo separado del seno de la madre, no había nacido realmente, porque había muerto al nacer. Poco importa que haya estado vivo en el seno de la madre, porque, no habiendo sido separado del cuerpo vivo de ésta, no vivió con vida propia é independiente. Luego es un muerto al nacer, y como tal incapaz para suceder (1). Nosotros creemos que la corte de Colonia falló muy bien. Podría oponerse el pasaje de Domat. "Es preciso, dice éste, poner en el número de los hijos capaces para suceder al que es extraído del vientre de su madre, después de muerta ésta, cuando no hubiese vivido sino algunos momentos. Y aun puede decirse que él la heredó antes de su nacimiento." Pero Do-

1 Colonia, 14 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 338).

mat supone que el hijo vivió después de haber sido extraído del vientre de su madre; luego no puede decirse que nació muerto, y por lo mismo, él hereda como concebido en el momento de la apertura de la herencia, en este sentido Domat tiene razón para decidir que el hijo ha sucedido á su madre antes de haber nacido (1). Poco importa que él haya muerto pocos instantes después de haber nacido: basta con un momento de vida para suceder.

543. Se ve que algunos momentos de vida pueden cambiar la transmisión de una herencia. Si el hijo ha vivido, ha heredado, y muriendo á poco, los bienes que recogió pasan á sus herederos, á su padre ó su madre. Es, pues, de suma importancia saber si realmente ha vivido. ¿Quién debe probar que el niño ha vivido? ¿y cómo se rinde la prueba? Acerca de la primera cuestión, se aplica el derecho común, supuesto que el código no lo deroga. En el caso juzgado por la corte de Colonia, si el hijo hubiese sobrevivido á la madre, la habría sucedido, y en seguida habría transmitido esta sucesión á su padre. Si éste la reclama, es preciso que pruebe que el hijo recogió la herencia de su madre; porque ese es el fundamento de su demanda. Se pretende que siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, debe presumirse la vida; de donde se infiere que corresponde probar á los que sostienen que el niño murió al nacer. Esto es razonar muy mal. En efecto, el que reclama una sucesión, por habérsela transmitido un niño de quien es heredero, debe probar que el niño recogió aquella sucesión. Ahora bien, para que el niño haya heredado, se necesita que haya vivido, luego el actor debe probar la vida del niño. En vano se dirá que la vida se presume. Esta es una de esas presunciones que la ley no conoce y que, en consecuencia, debe rechazarse,

1 Domat, "Leyes civiles," parte 2ª, lib. 1º, tít. 1º, sec. 2ª, núm. 6, p. 338.

supuesto que no hay presunción sin ley. A penas si puede decirse que haya una probabilidad de hecho; porque se trata de un niño que ha muerto algunos instantes después del parto: ¿no es probable que haya muerto al nacer? En todo caso, una probabilidad no es una presunción. Así, pues, quedamos dentro del derecho común (1).

544. ¿Cómo se rinde la prueba de la vida del niño? Regularmente, se dice, esta prueba resultará del acta de nacimiento (2). En efecto, el niño debe ser presentado al oficial del estado civil (art. 55); si éste hace mención de dicha presentación en el acta de nacimiento que levante, habrá una prueba auténtica de la vida. Pero raras veces podrá invocarse el acta de nacimiento, porque cuando se suscita un debate acerca de la vida del niño, es de toda evidencia que no fué presentado al oficial del estado civil, y habrá muerto algunos momentos después de nacido.

Si el niño es presentado sin vida al oficial del estado civil, se aplica el decreto de 3 de Julio de 1806, en cuya virtud el oficial público se limita á levantar el acta de dicha presentación. La cuestión de saber si el hijo ha vivido queda intacta, aun cuando la compareciente hubiese declarado que el niño nació vivo. Esta declaración no hace fe ninguna, y ni siquiera debe recibirse. Así, pues, la prueba de la vida se rendirá conforme al derecho común, ante todo con el testimonio de peritos, y á falta de éstos, con las declaraciones de los que asistieron al alumbramiento: prueba muy problemática, pero que el juez apreciará (3).

1 Demolombe, t. 13, p. 267, núm. 186. En sentido contrario, Massé y Vergé sobre Zachariae, t. 2º, p. 241 y nota 3.

2 Demolombe, t. 13, p. 268, núm. 186, (Daloz, "Sucesiones," número 91).

3 Toullier, t. 2º, p. 28, núm. 96; Limoges, 12 de Enero de 1813 (Daloz, "Sucesión," núm. 97, 3º).

Núm. 3. Del hijo que no es viable.

545. El art. 525 dice que el hijo que no ha nacido viable es incapaz de suceder; y la ley da la razón, porque para suceder se necesita existir en el instante de la apertura de la sucesión. Así es que el hijo no viable se considera por la ley como que nunca ha existido. Esta es una teoría general del código: el art. 314 decide que el niño nacido el día 180 del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido, si no es declarado viable, porque, no siendo viable, no se le considera como persona. ¿Qué se entiende por viable? y por qué la viabilidad es una condición del ejercicio de todo derecho?

Estas cuestiones no carecen de dificultades. El texto de la ley no define la viabilidad, y los trabajos preparatorios no nos dan bastantes luces. Se lee en el dictamen de Chabot: "Cuando el niño no nace viable, se reputa que jamás vivió, al menos en lo que respecta á la capacidad para suceder: en este caso, es lo mismo que el niño haya muerto ó que nazca para morir." Luego el hijo no viable es el que nace para morir. Pero ¿cuándo puede decirse que el niño nace para morir? Chabot contesta que, según las leyes romanas, el niño debe haber llegado al termino en el cual es posible que viva. Esto no responde á nuestra pregunta. ¿Cuál es este término? Chabot explica por qué el código no fija reglas acerca de la época de la viabilidad; no podría darlas seguras y preciosas porque los secretos de la naturaleza son impenetrables. El legislador ha preferido dejar las dificultades que puedan surgir sobre esta materia al buen criterio de los tribunales, quienes se decidirán según los hechos y las circunstancias particulares (1). Hasta aquí no sabemos todavía lo que es un niño no viable. Las decisiones de los autores no aventajan en precisión. Según Du-

1 Chabot, Dictamen, núm: 14 (Loché, t. 5°, p. 188).

ranton, la viabilidad es la aptitud para vivir: el niño, dice él, es viable cuando tiene las condiciones para vivir; no es viable cuando al verle puede decirse que su conformación es tal, que ha nacido para morir á poco y no para vivir (1). Esto es muy vago. Un niño nace vivo, y muere pocos instantes despues de haber nacido: ¿es capaz de suceder? Sí, si es viable; nó, si no es viable. Así, pues, la viabilidad es cosa distinta de la vida. ¿Pero cuáles son los caracteres en que puede reconocerse la viabilidad? En el silencio del código, el juez debe decidir conforme á los hechos y á las circunstancias, sin duda que sí; pero necesita reglas, y las pide en vano. Demolombe desarrolla la definición de Duranton, y al desarrollarla hace patente toda su incertidumbre. "La viabilidad, dice él, es la aptitud para vivir durante el curso de una vida de duración media; luego debe considerarse como no viable al niño que no nace, en cierto modo, sino para morir casi inmediatamente, porque la naturaleza le ha rehusado las condiciones necesarias para vivir" (2). Los *en cierto modo* y los *casi* no servirán de gran cosa al juez. Cuando el niño nace con vida y muere casi inmediatamente, ¿será esto una prueba de que no nació viable? En la teoría del código nó, supuesto que distingue entre la vida y la viabilidad. Así, pues, nuestra perplejidad subsiste. Hé aquí dos niños que mueren pocos momentos despues de su nacimiento: uno de ellos sucederá porque es viable, y el otro no sucederá porque no es viable. Y ¿cómo saben si el niño es ó no es viable? Una sola respuesta puede darse. Los hombres de ciencia resolverán. ¿Y si no hay peritos?

546. Insistimos en esta cuestión, porque, á nuestro juicio, es falsa la teoría del código. Esta es la opinión de Domat y de Savigny. En el antiguo derecho se admitía que

1 Duranton, t. 6°, p. 95, núm. 75.

2 Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 180.

los hijos nacidos en término eran capaces de suceder, por más que fuesen incapaces de vivir, sea por efecto del parto cuyo trabajo los privaba de la vida, sea por alguna enfermedad ó defecto de conformación ú otra causa que les hiciese imposible la vida, ellos no dejaban de suceder, por que bastaba que hubiesen nacido con vida. Domat sostiene que debería ser lo mismo de los niños nacidos antes de término, supuesto que había la misma razón para decidir; y esto es de toda evidencia. Oponíanse ciertas leyes romanas que parecen exigir la viabilidad como una condición distinta de la vida. Nosotros seguiremos á Domat en la discusión de estos textos; bástenos decir que Savigny le ha concedido la razón (1). El derecho romano no exige más que una condición, la vida; en donde hay vida, hay un sér humano, luego hay una persona y una capacidad jurídica. Exigir más que la vida es una cosa muy arbitraria, porque esto viene á parar en reconocer á uno el derecho de suceder y rehusarlo á otro, sin que haya un signo cierto de diferencia. Uno y otro nacen para morir; ninguno de ellos tiene necesidad de los bienes de la vida. Luego se deberían declarar incapaces á ambos. Esto sería injusto bajo el punto de vista del derecho, y de hecho la iniquidad es mucho mayor. Como lo expresa Domat, no es el interés de los niños el que entra en juego, porque ellos nacen para morir. Pero tienen un padre, una madre: ¿no exige la equidad que los parientes sucedan de preferencia á los herederos más remotos? Domat insiste en esta consideración de equidad, y en efecto, es decisiva. Luego el código ha innovado en esta materia; se ha separado de la doctrina de Domat, su guía habitual, sin que sepamos los motivos.

547. ¿Quién debe probar la no viabilidad? Con excep-

1 Savigny, "System de römischen Rechts," t. 2°, ps. 355 y siguientes (anexo III).

ción del disentimiento de Durantón y de Malpel, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que la viabilidad se presume mientras que, en la opinión general, la vida no se presume. En esto, á nuestro juicio, hay inconsecuencia á la vez que error. La inconsecuencia es palpable. ¿Por qué el que reclama una sucesión, á nombre del niño, debe probar que éste ha vivido? Porque esta es la condición con la cual el niño ha sucedido. Ahora bien, no basta que el niño nazca con vida para que recoja los bienes, se necesita también que nazca viable. Una sola y misma disposición es la que prescribe esta doble condición; según los términos del art. 725, es incapaz de suceder "el niño que no nace viable." El texto pone la viabilidad en la misma línea que la vida, no distingue, y ni había motivo para distinguir. Sin duda que la vida y la viabilidad son la regla, pero esta no es una razón para presumirlas, cuando el niño muere después del parto: la probabilidad, en este caso, está contra la vida y la viabilidad. ¿Por qué, pues, el legislador había de presumir la viabilidad, cuando no presume la vida? Si ha de decirse la verdad, él no presume ni una ni otra. ¿Hay que repetir que no hay presunción sin texto? El silencio de la ley es suficiente para apartar las presunciones que los autores imaginan. Se objeta que la no viabilidad es una excepción, y que la viabilidad es la regla; y en términos más generales, que la incapacidad para suceder es una excepción y que la capacidad es la regla. Ahora bien, se dice que el que invoca la ley nada tiene que probar; al que alega la incapacidad es á quien corresponde rendir la prueba. Nosotros contestamos con el art. 1315 que al actor le corresponde probar el fundamento de su demanda; ¿y cuál es este fundamento, en el caso actual? La capacidad del niño. ¿Y en qué consiste dicha capacidad? En estar vivo y ser

viabile; luego el actor debe probar la vida y la viabilidad (1).

548. ¿Cómo se prueba la viabilidad y la no viabilidad? Como el código nada dice acerca de este punto, habría debido inferirse que se atiende al derecho común. Esto, por otra parte, es lo que dice el relator del Tribunado en el pasaje que antes hemos citado (núm. 545). No es esa la opinión de los autores. La mayor parte recurren á las presunciones que el código establece en materia de filiación. Esta opinión tiene algún fundamento en la tradición, pero en esta materia la tradición en vez de ilustrar extravía. Así, Bourjon asienta como principio que el niño que nace antes del séptimo mes de embarazo no se reputa viable; de aquí infiere que ese niño no recoge ni transmite á otros ninguna sucesión: "él jamás ha sido la verdadera esperanza de un hombre, puesto que conforme á su naturaleza, esta esperanza jamás podía realizarse" (2). También según el código, el niño que nace el 180º día del matrimonio se presume que es ilegítimo, lo que hace decir á Toullier y á los autores que lo han seguido, que el código considera como viable al niño que nace el día 180º de su concepción y que si nace antes de ese término la ley no lo considera viable. A la verdad podría decirse que ese niño fué concebido antes del matrimonio, y que por consiguiente, es bastardo; pero la honra de la madre y la moral pública exigen que se le declare no viable más bien que ilegítimo (3).

1 Durantón, t. 6º, p. 100, núm. 78; Malpel, p. 66, núm. 25. En sentido contrario, Demolombe, t. 13, p. 269, núm. 187, y los autores que él cita. Sentencias de Burdeos de 8 de Febrero de 1830, y Limoges, 12 de Enero de 1813. Dalloz, "Sucesión," núm. 97, 2º y 3º.

2 Bourjon, "El derecho común de Francia," tit. XVII, 1ª parte, cap. III, sec. I, núms. 7 y 9 (tit. I, p. 687).

3 Toullier, t. 2º, 2, ps. 59 y siguientes, núms. 97 y 98. Chabot t. 1º, p. 48 (art. 725, núm. 11). Compárese Merlin, "Repertorio," en la palabra *vida*, y "Cuestiones de derecho," en la palabra *vida*, pfo. I.

Creemos que esto es confundir dos órdenes de ideas diametralmente distintas, la legitimidad y la viabilidad. Para que el hijo sea legítimo se necesita que haya sido concebido dentro del matrimonio; pero aun cuando esto fuese cierto, no por eso se deduciría que el niño es viable. El niño que nace diez meses después de la celebración del matrimonio, ciertamente que fué concebido durante el matrimonio, y no obstante, puede ser que no sea viable. Del mismo modo, el niño puede ser viable, aunque naciera en menos de 180 días después del matrimonio. Reputarlo no viable para salvar la honra de la madre, es establecer una presunción que la ley ignora. Hay más, se comprende que la ley cree presunciones para determinar la concepción del niño, y en consecuencia, su legitimidad; pero no se comprende que la viabilidad se establezca por vía de presunción. En efecto, la viabilidad no depende exclusivamente de la duración de la preñez, sino que depende de la conformación del niño, y es absurdo establecer la conformación del niño por medio de presunciones. A veces, es cierto, la no viabilidad será el resultado del nacimiento prematuro del niño, y el nacimiento prematuro puede también tener por consecuencia su ilegitimidad. Este enlace accidental entre la legitimidad y la viabilidad es lo que ha hecho caer en el error á los antiguos autores, y la confusión se ha venido perpetuando hasta el código civil. Los principios no dejan duda alguna; sólo hay dificultad para la prueba; ¿debe repetirse que esta diferencia no autoriza al intérprete á crear presunciones?

Podría decirse que los autores del código Napoleón, al consagrar la teoría de la viabilidad, han reproducido el error de los antiguos intérpretes, y por consiguiente, la confusión de la viabilidad y de la legitimidad. Esto es cierto, pero no prueba que deban aplicarse á la viabilidad las presunciones que establece la ley para probar la

legitimidad. Así, pues, la cuestión de viabilidad ha dado margen á discusiones bastante prolongadas en el seno del consejo de Estado, con motivo del art. 314. Vamos á resumirlas; en ellas se ve á cada paso esta confusión entre la viabilidad y la legitimidad que acabamos de indicar; pero también se ve que el legislador no pretendió resolver la viabilidad por medio de presunciones. El primer cónsul, que gustaba de las ideas claras y precisas, pidió que se definiera lo que se entendía por *viabile*, y en qué signos se reconocía la viabilidad. Béranger contestó que un niño no viable era un aborto, y no un niño. Esto era limitar la no-viabilidad al nacimiento antes de término, como se hacía en el antiguo derecho; pero el niño puede también no ser viable, por más que haya nacido á término. Tronchet dijo que la mente del proyecto era que el niño nacido á término es viable. Definid ahora, replicó el primer cónsul, cuál es el niño que se tiene por nacido á término. Tronchet repuso, quedándose dentro de las ideas del antiguo derecho, que un niño no es viable á los siete meses. La cuestión cambió de aspecto por una proposición de Bouley.

Según él, el hijo es viable cuando ha vivido el tiempo necesario para que sea claro que está conformado para vivir. Propone que se declare que el hijo nacido el 180.^o día del matrimonio, y que vive diez días, puede ser desconocido. El primer cónsul aprobó dicha resolución, porque establecía una regla fija. Insistióse de nuevo sobre el plazo de diez días que se quería reducir á uno solo; el plazo de diez días se mantuvo (1). El Tribunado pidió la supresión de todo plazo por ser peligroso; en efecto, la madre, para no verse deshonrada, tenía interés en la muerte de su hijo. Se suprimió el plazo. ¿Qué resuelve de esto? Que la viabilidad se prueba, no por hecho de presunción, sino por el

(1) Observaciones del Tribunado, núm. 6 (Loché, t. 3.^o, p. 71); Discurso de Duverger, núm. 16 (Loché, t. 3.^o, p. 128).

testimonio de los médicos, y á falta de éstos, por el de las personas que asistieron al parto ó que vieron al niño. Esto es lo que dice Bigot-Prémeneu, el orador del gobierno (1).

§ II.—DE LOS EXTRANJEROS.

Núm. 1. *El antiguo derecho y la nueva legislación.*

549. En el antiguo derecho, los extranjeros cargaban con una doble incapacidad. Se partía del principio de que para transmitir una sucesión y para recoger una herencia, se necesitaba gozar del estado civil y de los derechos de ciudadano. Como los extranjeros, dice Pothier, no tienen el derecho de ciudadano, no tienen tampoco el derecho de transmitir su sucesión: sus bienes van al poder del rey por un derecho que se llama derecho de *aubaine* (derecho del fisco regio en la sucesión de extranjeros). Por el mismo motivo, los extranjeros no eran capaces de recoger una sucesión (2). Domat aprueba esta incapacidad, que se funda, dice él, no sólo en el derecho romano, sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas. Porque es una consecuencia natural de esta distinción que cada nación arregle por sus leyes propias lo que puede haber en las sucesiones y en el comercio de los bienes que depende de leyes arbitrarias. Los extranjeros no heredan á nadie y nadie los hereda, así como están excluidos de los cargos públicos (3). Domat confunde el orden civil y el orden político; la división de la humanidad en naciones tiene una influencia

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos del título de la "Paternidad," núm. 11 (Loché, t. 3.^o, p. 87).

2 Pothier, "Costumbres de Orleans," Introducción al título de las "Sucesiones," núms. 3 y 10; "Tratado de las sucesiones," eap. I, sección I, pfo. 1.^o

3 Domat, "De las leyes civiles," 2.^a parte, tit. I, Pref. número 13, p. 330.

legitimidad. Así, pues, la cuestión de viabilidad ha dado margen á discusiones bastante prolongadas en el seno del consejo de Estado, con motivo del art. 314. Vamos á resumirlas; en ellas se ve á cada paso esta confusión entre la viabilidad y la legitimidad que acabamos de indicar; pero también se ve que el legislador no pretendió resolver la viabilidad por medio de presunciones. El primer cónsul, que gustaba de las ideas claras y precisas, pidió que se definiera lo que se entendía por *viabile*, y en qué signos se reconocía la viabilidad. Béranger contestó que un niño no viable era un aborto, y no un niño. Esto era limitar la no-viabilidad al nacimiento antes de término, como se hacía en el antiguo derecho; pero el niño puede también no ser viable, por más que haya nacido á término. Tronchet dijo que la mente del proyecto era que el niño nacido á término es viable. Definid ahora, replicó el primer cónsul, cuál es el niño que se tiene por nacido á término. Tronchet repuso, quedándose dentro de las ideas del antiguo derecho, que un niño no es viable á los siete meses. La cuestión cambió de aspecto por una proposición de Bouley.

Según él, el hijo es viable cuando ha vivido el tiempo necesario para que sea claro que está conformado para vivir. Propone que se declare que el hijo nacido el 180.^o día del matrimonio, y que vive diez días, puede ser desconocido. El primer cónsul aprobó dicha resolución, porque establecía una regla fija. Insistióse de nuevo sobre el plazo de diez días que se quería reducir á uno solo; el plazo de diez días se mantuvo (1). El Tribunado pidió la supresión de todo plazo por ser peligroso; en efecto, la madre, para no verse deshonrada, tenía interés en la muerte de su hijo. Se suprimió el plazo. ¿Qué resuelve de esto? Que la viabilidad se prueba, no por hecho de presunción, sino por el

(1) Observaciones del Tribunado, núm. 6 (Loché, t. 3.^o, p. 71); Discurso de Duverger, núm. 16 (Loché, t. 3.^o, p. 128).

testimonio de los médicos, y á falta de éstos, por el de las personas que asistieron al parto ó que vieron al niño. Esto es lo que dice Bigot-Prémeneu, el orador del gobierno (1).

§ II.—DE LOS EXTRANJEROS.

Núm. 1. *El antiguo derecho y la nueva legislación.*

549. En el antiguo derecho, los extranjeros cargaban con una doble incapacidad. Se partía del principio de que para transmitir una sucesión y para recoger una herencia, se necesitaba gozar del estado civil y de los derechos de ciudadano. Como los extranjeros, dice Pothier, no tienen el derecho de ciudadano, no tienen tampoco el derecho de transmitir su sucesión: sus bienes van al poder del rey por un derecho que se llama derecho de *aubaine* (derecho del fisco regio en la sucesión de extranjeros). Por el mismo motivo, los extranjeros no eran capaces de recoger una sucesión (2). Domat aprueba esta incapacidad, que se funda, dice él, no sólo en el derecho romano, sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas. Porque es una consecuencia natural de esta distinción que cada nación arregle por sus leyes propias lo que puede haber en las sucesiones y en el comercio de los bienes que depende de leyes arbitrarias. Los extranjeros no heredan á nadie y nadie los hereda, así como están excluidos de los cargos públicos (3). Domat confunde el orden civil y el orden político; la división de la humanidad en naciones tiene una influencia

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos del título de la "Paternidad," núm. 11 (Loché, t. 3.^o, p. 87).

2 Pothier, "Costumbres de Orleans," Introducción al título de las "Sucesiones," núms. 3 y 10; "Tratado de las sucesiones," eap. I, sección I, pfo. 1.^o

3 Domat, "De las leyes civiles," 2.^a parte, tit. I, Pref. número 13, p. 330.

necesaria sobre los derechos políticos, y ninguna sobre los privados. Y esto lo hemos dejado demostrado al tratar del goce de los derechos civiles. (Véase tomo I, núms. 422 y siguientes).

550. Los jurisconsultos están dominados por la tradición, cualidad que fácilmente degenera en defecto. Felizmente hay inteligencias que sacuden el yugo del pasado. Montesquieu no era de temperamento revolucionario, lo que no le impidió calificar como insensato el derecho del fisco regio en las sucesiones de extranjeros. Siguiendo esta inspiración, la Asamblea constituyente abolió este derecho, como contrario á la fraternidad que de todos los pueblos hace una sola familia. La ley de 6 de Agosto de 1790, establece: "Quedan para siempre abolidos el derecho de *aubaine* y el de detracción." Esta ley no se refería más que al derecho de *aubaine* propiamente dicho, á la incapacidad de transmitir los bienes por la vía de herencia. Por un decreto posterior de 28 de Abril de 1791, los extranjeros fueron reconocidos capaces de recoger en Francia las sucesiones de sus parientes, aun de los franceses. La Asamblea esperaba que los demás pueblos seguirían el ejemplo que Francia les daba. Se engañaba. De esto resultó que los franceses no eran admitidos á suceder en el extranjero, mientras que los extranjeros sí eran admitidos á suceder en Francia. Esto pareció injusto al gobierno consular. El código civil no restableció el derecho del fisco regio, como de ello se le ha acusado; porque no declara á los extranjeros incapaces de transmitir sus bienes por herencia (1); pero como los declara incapaces de suceder y como los extranjeros ordinariamente no tienen más herederos que extranjeros, venía á dar por resultado, que de hecho el Estado recogía las sucesiones de los

1 Demante, t. 3º, p. 34, núm. 33 bis, I. Duverger sobre Toulier, t. 2º, 2, p. 64, nota.

extranjeros por derecho de desheredamiento. El sistema del código es el de la reciprocidad. Los extranjeros suceden en Francia, con la condición de que los franceses sucedan en el extranjero (arts. 11 y 726). Desde luego se necesitaba una reciprocidad de nación á nación, establecida por tratados (1). Se necesitaba, en seguida, una reciprocidad de individuo á individuo; es decir, que un extranjero no era admitido á recoger una sucesión en Francia, sino en el caso en que un francés fuese admitido en el país de aquél extranjero y conforme á las leyes de dicho país, á una sucesión *del mismo orden*; y que un extranjero no podía tener, en una sucesión abierta en Francia, más que los mismos derechos, en cuanto al *monto* y á la *especie* de bienes que los que se otorgaban á un francés en el país de aquel extranjero. En este sentido es como la jurisprudencia y la doctrina interpretaban el art. 726 (2).

551. En Francia, la incapacidad para suceder que el código Napoleón hacía recaer en el extranjero, fue abolida por la ley de 14 de Julio de 1819, que en su art. 1º establece: "Quedan abrogados los arts. 726 y 912 del código civil; en consecuencia, los extranjeros tendrán el derecho de heredar, de disponer y de recibir del mismo modo que los franceses." Esto no es más que el sistema de la Asamblea constituyente. Parece bastante extraño, á primera vista, que la Restauración volviera á un principio proclamado por la revolución de '89. El gobierno se cuidó de declarar que proponía la abrogación por motivos de generosidad, sino por cálculo. "Se ha verificado, dice el guarda-sellos, que nada ganamos con excluir á los extranjeros del derecho de suceder y de disponer. El deshe-

1 Chabot, t. 1º, p. 56, art. 726, núm. 2. La jurisprudencia está de acuerdo (Dalloz, en la palabra "sucesión," núm. 110).

2 Chabot, t. 1º, ps. 60 y siguientes. Véase la jurisprudencia en Dalloz.

redamamiento que algunas veces resulta de su incapacidad, ofrece un producto de tal manera mediocre que no podría tomarse en consideración. El extranjero no se aventura á adquirir bienes de los que no podría disponer al morir y que sus parientes no recogerían. Si se allana este obstáculo, él adquirirá y sus adquisiciones, los capitales que en ellas empleará, aumentando la masa y el valor de los nuestros, nos serán mil veces más ventajosos que los vanos provechos del desheredamiento y el principio estéril y perjudicial, en esta ocasión, de la reciprocidad." Se hace mal con repudiar los sentimientos generosos que animaban á la Asamblea constituyente, porque eran la fraternidad y no es este un sentimiento cristiano á la vez que filosófico? Y no era que la Asamblea constituyente ignorase los principios de economía política que se invocaron en 1819, porque ya Necker los había desarrollado antes de 89. Cuando se discutió el proyecto del código civil, se repitieron hasta la saciedad por los tribunos. El gobierno persistió en su sistema de reciprocidad. Este principio es justo en general, pero en el caso actual, el interés, de acuerdo con la justicia, exigía que el extranjero fuese admitido á suceder en Francia, aun cuando los Estados extranjeros, desconociendo su interés y no teniendo en cuenta la fraternidad cristiana, se obstinaban en mantener la incapacidad sobre los franceses.

552. En Bélgica, una ley de 20 de Mayo de 1857 derogó el principio de la reciprocidad tal como estaba consagrado en el código civil. El art. 11 exigía que la reciprocidad se estableciera por medio de tratados. No se quería que la Francia quedase ligada por leyes extranjeras en las que ella no había concurrido; estas leyes, por otra parte, ninguna garantía ofrecían á los franceses, porque podían abrogarse de uno á otro día; mientras que los tratados aseguraban á la vez la independencia de la Francia

y los derechos de los franceses. Pero este sistema tenía una desventaja: un tratado supone relaciones diplomáticas entre las partes contrayentes, y puede suceder que estas relaciones se rompan ó se suspendan por revoluciones ó guerra. ¿Es justo que los derechos de los individuos dependan de los acontecimientos políticos? Bélgica se vió en esta situación en el año de 1830. Para remediar ese inconveniente, la ley de 20 de Mayo de 1837 dispuso que la reciprocidad podía hacerse constar por medio de leyes ó de costumbres. Por lo que sólo la reciprocidad diplomática fué la abolida. Una ley de 27 de Abril de 1865 avanzó más, consagró el principio establecido por la Asamblea constituyente y reprodujo las disposiciones de la ley francesa de 1819. Siendo, en este punto, la legislación de Bélgica la misma que la de Francia, resulta que la jurisprudencia francesa puede invocarse como interpretación de la ley belga.

553. El principio fundamental de la nueva legislación es que asimila al extranjero con el belga. Resulta de aquí que el extranjero sucede en Bélgica conforme al código Napoleón y no conforme á la ley de su país. El art. 3 de la ley de 1865 lo dice implícitamente; establece que los extranjeros tienen el derecho de suceder *de la misma manera* que los belgas, por consiguiente, conforme á las mismas reglas y por aplicación de la misma ley. Poco importa que la ley belga sea favorable ó desfavorable al extranjero. Este sucederá en Bélgica, aun cuando no sucediese en su propio país; luego disfrutará del beneficio de la igualdad, aun cuando la desigualdad y los privilegios reinen en su patria. En cambio, el extranjero no puede invocar el privilegio ó el derecho que le otorga la ley de su país, cuando el código civil no reconoce ese derecho ni ese privilegio (1). Se ha fallado por aplicación de

1 Demolombe, t. 13, p. 280, núm. 196.

este principio, que el padre extranjero no puede reclamar en Francia la totalidad de la sucesión, excluyendo al abuelo materno, aun cuando según la ley de su nación tuviera el derecho de excluirlo (1). Esto también está puesto en razón. Las leyes nuevas no tienen por objeto crear en provecho del extranjero un derecho de herencia excepcional, de lo que resultaría que habría dos especies de sucesiones en Francia y dos leyes diferentes, una para los indígenas y otra para los extranjeros, y no hay más que una sola ley, el código Napoleón, la cual rige todas las sucesiones que se abren en Francia. Más adelante veremos si este principio se aplica á las sucesiones moviliarias, cuando hay concurso de parientes extranjeros y de parientes franceses.

Núm. 2. Disposición excepcional de la ley de 1865.

554. El art. 4, conforme con el art. 2 de la ley francesa, dice: "En el caso de partición de una misma sucesión entre coherederos extranjeros y belgas, éstos apartan antes de los bienes situados en Bélgica una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de los que estarán excluidos, á cualquier título que fuese, en virtud de las leyes y costumbres locales." Si los bienes de la sucesión á la que son llamados extranjeros á la vez que belgas, están todos situados en Bélgica, se quedan dentro del derecho común, tal como acabamos de suponerlo: la herencia se dividirá conforme al código civil. Pero puede suceder que los bienes estén situados, parte en Bélgica, parte en el extranjero, y que los belgas estén excluidos en todo ó parcialmente de los bienes situados en país extranjero. Si, en este caso, se procediera á la partición según el derecho común. ¿qué pasaría? Los herederos extranjeros dividirían

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Julio de 1851 (Da-lloz, 1851, 1, 266).

con los herederos belgas los bienes situados en Bélgica, y excluirían á los belgas de los bienes situados en el extranjero. De aquí dimana una desigualdad contraria á nuestras leyes; para restablecer la igualdad, la ley quiere que los parientes belgas aparten de los bienes situados en Bélgica un valor igual al de los bienes de que quedan excluidos en el extranjero. Se ha dicho que esta excepción destruye el principio mismo de la ley, supuesto que ésta, después de haber colocado al extranjero en la misma línea que al belga, le arrebatara después una parte de sus derechos en provecho de éste último. Esto no es exacto. La ley no ha querido asegurar al extranjero todos los derechos que le otorga la ley de su país: lo admite á suceder en Bélgica, pero conforme á la ley belga. Justo es que en una sucesión abierta en Bélgica, los indígenas tengan todos los derechos que el código les otorga; el concurso de parientes extranjeros no debe disminuir estos derechos. Se insiste y se dice que el legislador belga no puede modificar la ley extranjera con perjuicio de los extranjeros y en interés de los belgas. Serre, que presentó la ley de 1819, contestó de antemano á esas objeciones: "La ley extranjera tendrá todo su efecto en el extranjero; pero no estamos obligados á darle efecto entre nosotros. En rigor, podríamos excluir al extranjero de las sucesiones que abarcan bienes situados en Francia; con mayor razón tenemos el derecho de someterlo á una condición; esto en definitiva, no es más que proteger á nuestros nacionales contra el rigor ó la desigualdad de las leyes extranjeras (1).

I. ¿En qué casos hay lugar á la previa separación?

555. Sin decirlo se comprende que hay lugar á la pre-

1 Informe sobre la ley belga de 1865. Elías ("Documentos parlamentarios," sesión de 1864 á 1865, p. 481).

via separación cuando los herederos belgas son excluidos en razón de su calidad de belgas. ¿Pasa lo mismo cuando los belgas son admitidos en verdad á suceder con los extranjeros, conforme á la ley extranjera, pero cuando esta ley establece un principio de desigualdad que se aplica á los indígenas como á los extranjeros? Tal sería un derecho de primogenitura, ó una sucesión especial para los bienes nobles. No vacilamos en decidir que hay lugar á la previa separación. El texto es general: desde el momento en que hay exclusión, á cualquier título que sea, los belgas pueden invocar el beneficio del art. 4. Pasa lo mismo con el espíritu de la ley. El art. 4 está tomado de la ley francesa; al presentar ésta el guarda-sellos de Serre previó la dificultad que es usual. Después de haber recordado que en el antiguo derecho las costumbres varían de una provincia y de una ciudad para otra, y que de ahí resultaban frecuentemente desigualdades en perjuicio de uno y otro de los herederos, el ministro dijo que jamás se había pensado en poner remedio á ese inconveniente, porque un francés ganaba lo que otro perdía, pero que no se podía tener la misma indiferencia respecto á las ventajas de un extranjero sobre un francés. Luego si hay una causa cualquiera de desigualdad en provecho de un extranjero, hay que poner remedio por medio de una separación previa de la masa hereditaria (1). La jurisprudencia, en este punto, está de acuerdo con los autores (2).

556. La ley de 1865 supone que la exclusión del heredero belga tiene lugar en virtud de las leyes y costumbres locales, es decir, de las leyes extranjeras. ¿Qué es lo que debe resolverse si la exclusión resulta de las disposiciones hechas por el difunto, donaciones ó testamentos? Para que

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º p. 291, núm. 420. Demolombe, t. 13, p. 282, núm. 199.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 325).

pueda suscitarse la cuestión, hay que suponer que la ley extranjera que autoriza la disposición es contraria á la ley belga; si las dos leyes están de acuerdo, el heredero belga no puede invocar el beneficio de la ley de 1865, porque también habría sido excluido en Bélgica si todos los bienes hubieran estado situados en este lugar; por lo mismo no tiene derecho á quejarse, porque no es un privilegio nuevo lo que la ley ha querido otorgarle, sino restablecer la igualdad á la que tiene derecho conforme á la ley belga, igualdad que se destruiría á causa de la aplicación de una ley extranjera.

¿Pero si la ley extranjera autoriza una disposición que la ley belga prohíbe ¿podrá él reclamar la previa separación? En Francia, la doctrina y la jurisprudencia admiten la afirmativa (1). Hay un motivo para dudar: puede decirse que el heredero belga está excluido, no por la ley local, sino por la voluntad del disponente. Se contesta que la exclusión se hace indirectamente en virtud de la ley, supuesto que ésta la autoriza, con perjuicio del heredero belga. Luego hay un conflicto de leyes; y desde el momento en que el heredero belga es excluido á causa de una ley extranjera contraria á la ley belga, el texto de la ley es aplicable. En cuanto al espíritu de la ley francesa, ninguna duda deja, habiendo positivamente declarado la Exposición de motivos y la ley de 1819 que es indiferente que la exclusión del heredero francés provenga del hecho solo de la ley, ó que resulte de una disposición del hombre autorizada por la ley. Se ha fallado, en este sentido, que si el difunto menor ha legado todos sus bienes á su madre, con exclusión de los herederos franceses, éstos pueden reclamar la previa separación, sobre los bienes situados en Francia, de la mitad de esta sucesión. En efec-

1 Demolombe, t. 13, p. 284, núm. 200. Massé y Vergé sobre Zachariae, t. 2º, p. 241, nota 6.

to, la ley española, bajo la cual se había hecho el testamento, autoriza al menor para que disponga de sus bienes, mientras que, según el código Napoleón, el menor no puede dar más que la mitad de los bienes cuya disposición permite la ley al mayor. Así es que la mitad de los bienes del menor pertenece en virtud de la ley francesa á los herederos de la sangre; así, pues, éstos están excluidos de dicha mitad, por el testamento conforme á la ley española. Teniendo la exclusión su principio en la ley extranjera, hay lugar á la previa separación (1).

¿Debe interpretarse la ley belga en el mismo sentido? Acerca de esta cuestión hubo una discusión sostenida y confusa en el seno de las Cámaras belgas (2). El ministro de justicia declaró varias ocasiones que en su sentir la ley no era aplicable sino cuando había reservatarios belgas, y que los herederos que no eran reservatarios debían respetar las disposiciones del difunto. Esta interpretación fué sostenida por unos y combatida por otros. A nosotros nos parece que se planteó mal la cuestión. No se imponía una oposición entre la ley extranjera y la belga; en esta hipótesis, el ministro tenía razón para decir que el difunto podía disponer libremente; no hay, en este caso, exclusión pronunciada sin autorización por una ley extranjera. Pero cuando hay oposición entre la ley extranjera y la belga, no es necesario que los herederos belgas sean reservatarios para que tengan el derecho de promover. En el caso que acabamos de citar no había heredero en reserva, sino que, al contrario, el ascendiente había sido instituido legatario universal; sin embargo, los herederos de la sangre fueron admitidos á la previa separación, porque estaban excluidos de los bienes á que tenían derecho en virtud de la ley

1 Sentencia de casación, de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471).

2 La discusión está reproducida en la *Pasinomia*, 1865, p. 112, nota 1.

francesa. En el Senado, el ministro de justicia aceptó esta restricción á la opinión demasiado absoluta que había enunciado en la Cámara de representantes: "si, dijo, la disposición que hace el extranjero es conforme á las leyes belgas, debe surtir todos sus efectos. Si choca con ciertos principios aceptados por nuestra legislación, no debe ejecutarse en este punto." Esta explicación está en armonía con la doctrina y la jurisprudencia francesas.

557. Cuando hay herederos reservatarios, la reserva y lo disponible se fijan por la ley belga, en cuanto á los bienes situados en Bélgica. Acerca de este punto no hay duda alguna; en consecuencia, hay lugar á previa separación si el reservatario belga no tiene en el extranjero la parte que le corresponde según el código Napoleón. Se ha presentado otra dificultad. El reservatario francés era al mismo tiempo donatario mejor. La donación, válida según las leyes francesas, era nula según la ley extranjera; por no haber sido homologada por los tribunales del país. De aquí resultaba que el donatario francés no podía reclamar la ejecución de su donación sobre los bienes situados en el extranjero. ¿Era esto una *exclusión* en el sentido de la ley de 1819? y por consiguiente el donatario podía separar de los bienes situados en Francia la parte de la donación que no podía percibir en el extranjero? La corte de casación falló que no había lugar á previa separación (1). En efecto, el donatario no estaba excluido en virtud de la ley extranjera, porque ésta le permitía que reclamara su donación, con la condición de que ésta fuese válida en la forma. Luego si la donación no se ejecutaba en el extranjero, no era porque la ley se opusiese, sino porque el donatario no había cuidado de cumplir con las formalidades prescriptas por la ley extranjera. Ahora bien, desde el

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 257).

momento en que la exclusión no resulta de la ley, no hay lugar á previa separación.

558. ¿Los herederos extranjeros pueden ejercitar la previa separación sobre los bienes situados en Bélgica? Si todos los herederos son extranjeros, la cuestión ni siquiera puede proponerse. La ley de 1865 contiene dos disposiciones muy diferentes. La primera, hecha en favor de los extranjeros, los llama á suceder en Bélgica, del mismo modo que los belgas; queda satisfecha esta disposición desde el momento en que se les admite á la sucesión que se abre en Bélgica. La segunda concierne exclusivamente á los belgas, por lo que no puede invocarse cuando todos los herederos son extranjeros. Pasa lo mismo cuando los extranjeros están en concurso con los belgas; éstos, dice el texto, separarán de los bienes situados en Bélgica, una porción igual al valor de los bienes situados en el extranjero, de los que estarían excluidos por la ley extranjera. El espíritu de la ley nueva es tan evidente como el texto. ¿Cuál es el objeto del legislador? Se preocupa por el interés de los reguicolas á quienes la ley extranjera excluye de una herencia á la que los llama el código Napoleón. No teniendo acción ninguna sobre la ley extranjera, ni sobre los bienes situados en el extranjero, permite al heredero indígena que ejerza sobre los bienes situados en Bélgica los derechos que éste no puede hacer valer en el extranjero. Pero el legislador belga no tiene por qué preocuparse de los intereses del extranjero, regido por la ley de su nación, ley de la que éste recoge las ventajas, y á la que queda sometido si le es desventajosa. La cuestión ha sido juzgada en este sentido por la corte de casación de Francia (1).

559. ¿Qué debe resolverse si todos los herederos son

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 419).

belgas? La sucesión se abre en el extranjero, bajo una ley que difiere del código Napoleón; ella excluye, en línea colateral, á las mujeres en provecho de los ignatos: ¿el heredero excluido puede pedir la previa separación sobre los bienes situados en Bélgica? Vacilamos en contestar negativamente, por más que la doctrina y la jurisprudencia francesas se hallen en sentido contrario. El texto es formal; supone el concurso de herederos extranjeros y de herederos indígenas. "En el caso de partición, dice el art. 4, de una misma sucesión *entre coherederos extranjeros y belgas.*" El espíritu de la ley ya no es dudoso. ¿Cuál es el objeto de la ley de 1865? El de dar á los extranjeros la facultad para suceder. Si no hay extranjeros llamados á la sucesión, ya no estamos dentro de la hipótesis que el legislador ha tenido en mientes; lo que equivale á decir que volveremos á entrar al derecho común. El legislador ha querido restablecer la igualdad entre los herederos belgas y los extranjeros, siendo que se rompería esta igualdad por la ley extranjera con perjuicio de los herederos belgas y ventaja de los extranjeros. Ya la cuestión no puede ser ni de ventaja, ni de perjuicio, ni de igualdad, cuando no hay parientes extranjeros llamados á la sucesión.

Objétase en Francia, que el relator de la ley de 1819, declaró formalmente que, cuando los franceses son copropietarios, por derecho de sucesión, en Francia y en el extranjero, se hace una masa de todo y que la partición se lleva á efecto según las leyes francesas (1). Nosotros contestamos que un informe no es una ley; la ley de 1819 no dice lo que el relator hace decirle, y es completamente extraña á las sucesiones devueltas á franceses. La previa separación que ella autoriza es una disposición excepcional, que sólo tiene su razón de ser en el concurso de franceses y de extran-

1 Demolombe, t. 13, p. 289, núm. 203 bis. Cómparese Demante, t. 3°, p. 35, núm. 33 bis, 2°.

jeros. Se insiste y se dice que el principio de la igualdad de las particiones se refiere al orden público; que en ningún caso y bajo ningún pretexto puede atenderse á dicho principio en Francia, con leyes extranjeras que tendiesen á modificar sus efectos. Tales son los términos de una sentencia de casación que anula una de la corte de Besançon (1). Se abusa singularmente de esta expresión de *orden público*. El código prohíbe que se deroguen las leyes de orden público. ¿Por ventura está prohibido que se derogue la sucesión *ab intestato* cuando no hay herederos reservatarios? La igualdad de que habla la corte de casación; no es, después de todo, más que el orden para suceder consagrado por el código civil, y no se refiere sino á los bienes situados en Francia. Sin duda que el legislador podría autorizar una separación previa sobre estos bienes en el caso en que los hubiere situado en el extranjero, y extender de este modo indirectamente el sistema del código á todo género de sucesión. Pero para esto se necesita un texto; porque la previa separación es á todas luces una medida excepcional; luego el único que puede ordenarla es el legislador, si lo juzga conveniente. En cuanto al intérprete, el silencio de la ley decide la cuestión.

II. ¿En qué sucesiones se ejerce la previa separación?

560. La previa separación se ejecuta sin dificultad ninguna cuando la sucesión es puramente inmobiliaria. En efecto, "los inmuebles, aun los que poseen los extranjeros, están regidos por las leyes francesas." Estos son los términos del artículo 3 que consagra el principio del estatuto real. El principio tomado del antiguo derecho, se aplica á las sucesiones inmobiliarias. Luego el derecho común sujeta las sucesiones á la ley del lugar en donde están si-

1 Sentencia de casación, de 27 de Abril, de 1808 (Daloz, 1868, 1, 302).

tuados los inmuebles (1). La ley de 1865 da una nueva confirmación de la regla del estatuto, porque permite á los herederos belgas que ejerzan una previa separación en los bienes *situados en Bélgica*. Ahora bien, los inmuebles son, por excelencia, bienes situados en Bélgica; luego cuando una sucesión es puramente inmobiliaria, se rige, en cuanto á los bienes situados en Bélgica, por la ley belga.

561. Cuando la sucesión es puramente mobiliaria, se presentan dos cuestiones. En primer lugar, se pregunta si la sucesión se rige por el estatuto real. Conforme al principio tradicional del derecho francés, que el código ha mantenido implícitamente (art. 3), debe contestarse que la sucesión mobiliaria se rige por el estatuto personal, es decir, por la ley del país á que pertenece el extranjero (tomo I, núm. 120). En otro lugar (tomo I, núm. 87) hemos dicho que el estatuto se determina por la nacionalidad y no por el domicilio. Si el difunto fuera belga, su sucesión mobiliaria se regirá por la ley belga, aun cuando estuviese domiciliado en el extranjero. Los herederos belgas ejercerán, pues, sin duda alguna, la previa separación sobre los muebles que se hallan en Bélgica, tanto como sobre los inmuebles. La aplicación de la ley de 1865 no sufre ninguna dificultad en este caso, puesto que la sucesión se abre y se difiere conforme á la legislación belga. Si el difunto fuese extranjero, se aplicará la ley extranjera en lo concerniente al orden de sucesión; pero cuando concurren herederos belgas con herederos extranjeros, los primeros tendrán derecho á la previa separación establecida en su favor por la ley de 1865. Esta deroga el estatuto personal en el sentido de que los herederos belgas, si están excluidos por la ley extranjera de una parte de los bienes á que tendrían derecho conforme á la ley belga, quedan indemnizados separando el mismo valor del mobiliario que se

1 Véase el t. 1º, núms. 108 y 109.

halla en Bélgica (1). El texto es general, porque dice que la previa separación se hace sobre los bienes *situados en Bélgica*, y no sobre los *inmuebles*; ahora bien, los muebles así como los inmuebles tienen una situación real en Bélgica. Por otra parte, ninguna razón hay para no permitir la previa separación sobre objetos mobiliarios; éste las más de las veces será el único medio de establecer la igualdad entre los herederos belgas y extranjeros; así, pues, la ley debía autorizar á los herederos belgas para que ejerciesen su recurso sobre todo género de valores mobiliarios. Hay, no obstante, valores que dan lugar á duda; tales como los créditos, obligaciones ó acciones extranjeras, cuyos títulos se hallan á la verdad en Bélgica, pero que se pagan en el extranjero. ¿Puede decirse de estos valores que estén *situados en Bélgica*? Ciertamente que nó, pero tampoco están *situados en el extranjero*. No siendo aplicable el texto, si se ciñe uno á la letra, debemos recurrir al espíritu de la ley. Ahora bien, el fin que se ha propuesto el legislador no deja duda alguna. El quiere dar al heredero belga todas las garantías de que dispone: tiene los títulos en la mano, y los distribuye á los herederos belgas. La garantía podrá ser ineficaz si al extranjero se le niega que entregue los fondos á los detentores de los títulos (2). Para tal inconveniente no hay otro remedio que las convenciones diplomáticas, como en todas las dificultades concernientes al derecho civil internacional (Véase el tomo I, núm. 140).

562. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad muy seria. Un francés naturalizado en los Estados Unidos, fallece dejando testamento ológrafo por

1 Demante, t. 3°, p. 36, núm. 33 bis, IV. Demolombe, t. 13, p. 290, núm. 206. Sentencia de casación de 27 de Agosto de 1850 (Daloz, 1850, 1, 257), y de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471.)

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 137). Demolombe, t. 13, p. 292, núm. 207.

el cual, después de haber legado á su esposa su mobiliario y una tercera parte de sus bienes, instituye legataria universal á su hermana, que vive en Francia y ha seguido siendo francesa. La viuda, usando de un derecho que le da la ley local, renuncia el legado y opta por sus derechos de viuda. Ella viene á ejercitar ese derecho sobre el mobiliario existente en Francia. ¿La legataria universal puede prevalerse de la ley de 1819 para separar de aquel mobiliario la parte de los bienes de que está excluida en virtud de la ley local? Se ha fallado que ella no tenía derecho á la previa separación (1). Nosotros creemos que la corte de París falló rectamente, pero importa precisar los motivos de la decisión. No es porque la viuda tenía derecho á la porción viudal en virtud de su estatuto personal; porque éste no impide, como acabamos de decirlo, la aplicación de la ley de 1819. Pero para que esta ley sea aplicable, se necesita que el heredero francés esté excluido por un estatuto local, contrario á la ley francesa. ¿Había exclusión en el caso de que se trata? El motivo para dudar es que la ley francesa no conoce porción viudal. En apariencia, pues, había esta oposición entre la ley extranjera y la francesa que justifica la previa separación. Pero faltaba la condición esencial: no había concurso de herederos. La corte de París cuida de hacer notar que la porción viudal constituye en favor de la viuda y en los bienes del marido, un derecho de propiedad preexistente al fallecimiento. Así es que la viuda procedía, no como heredera, sino como propietaria en virtud de un contrato tácito.

563. Cuando la sucesión se compone de muebles y de inmuebles situados en país extranjero y en Bélgica, la aplicación de la ley de 1865, según lo que acabamos de

1 París, 6 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 73).

decir (núms. 560 y 561), no es dudosa. Queda por saber cómo se ejercita la previa separación.

III. *Cómo se ejercita la previa separación.*

564. Vamos á tomar del informe de Boissy d' Anglas, sobre la ley de 1819, un ejemplo que mostrará cómo se verifica la previa separación. Un inglés muere dejando un hijo establecido en Inglaterra, y unos nietos en Francia de una hija casada con un francés. Aquí se trata de bienes situados en los dos países. El derecho fiscal existe en Inglaterra, y en Francia se ha abolido. Si los nietos del difunto se presentan á la herencia de su abuelo en Inglaterra, se les rechazará como súbditos del rey de Francia. En virtud de la ley de 1819, el inglés será admitido á los bienes que su padre pone en Francia, pero los hijos de su hermana comenzarán por separar de aquellos bienes la mitad del valor de los que están situados en Inglaterra, y de los que están excluidos por la ley inglesa. A este efecto, se hace una masa de los bienes que componen la sucesión; los hijos franceses recibirán la mitad de toda la herencia, y el sobrante se abandonará al heredero extranjero (1).

565. Se procede así cuando la exclusión pronunciada por la ley extranjera contra los herederos franceses aprovecha indistintamente á todos sus co-herederos extranjeros; la separación se hace entonces de todos los bienes que están en Bélgica. Estos bienes, decía Boissy d' Anglas, serán para ellos una verdadera prenda, sobre la cual ejercerán una especie de privilegio. Pero no puede procederse de la misma manera cuando el beneficio de la ley extranjera no aprovecha más que á uno solo ó algunos de los he-

1 Cómparese sentencia de denegada apelación, de 10 de Febrero de 1842 (Dalloz, "Sucesiones," núm. 116). Grenoble, 25 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 248).

rederos extranjeros, estando los otros excluidos tanto como los herederos belgas. La ley de 1865 quiere la igualdad; rota con ventaja de los herederos extranjeros por la exclusión de los belgas, debe restablecerse, pero naturalmente contra los que se aprovechan de la desigualdad; luego cuando la exclusión no aprovecha sino á algunos herederos extranjeros, la previa separación no debe ejercerse sino sobre la parte de estos herederos, y no sobre la de los extranjeros que están igualmente excluidos; porque de lo contrario, una ley de igualdad vendría á ser una ley de desigualdad. La corte de casación ha fallado en este sentido (1). Se objeta que limitando la previa separación á la parte del heredero extranjero que es privilegiado, podrá suceder que, aún agotando su parte en los bienes situados en Bélgica, los herederos belgas no están satisfechos de la parte que les corresponde en la herencia, según el código Napoleón. Esto es verdad; pero el legislador no habría podido darles una acción sobre la parte de los extranjeros excluidos, sino violando la justicia; y ésta debe, en todo caso, superar á la igualdad.

566. Así, pues, los herederos extranjeros excluidos tomarán su parte de los bienes situados en Bélgica. Se ha pretendido que hay que ir más lejos y permitirles que ejerzan la previa separación sobre dichos bienes á fin de restablecer la igualdad entre todos los herederos. La corte de casación ha rechazado tal opinión. ¿Con qué título los extranjeros apartarían de la porción de que están excluidos sobre los bienes situados en Bélgica? Ellos no pueden invocar la ley extranjera, porque ésta precisamente es la que los excluye. ¿Invocarían la ley belga? Se les contestará, como lo hemos hecho (núm. 558), que la ley de 1865 ha concedido una protección especial á los herederos bel-

1 Sentencia de casación, de 27 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 257).

gas, pero que no ha querido ni debido extender su solicitud á los herederos extranjeros. Cierto es que éstos serán vulnerados, pero no pueden quejarse, puesto que el perjuicio que experimentan resulta de la ley á la que están sometidos y de la que, en otras circunstancias, sacan partido (1).

IV. Competencia.

567. De derecho común la sucesión se abre en el lugar del domicilio del difunto y el tribunal de dicho lugar es el competente para ventilar las contiendas que surjan entre los herederos hasta la partición (núm. 525). La ley de 1865 deroga este principio. Supuesto que los herederos belgas están autorizados para ejercer una previa separación en los bienes situados en Bélgica, síguese que las contiendas á que dé lugar dicha separación deben llevarse ante los tribunales belgas. No hay que distinguir si la sucesión es mobiliaria ó inmobiliaria. A la verdad, las sucesiones mobiliarias se rigen por el estatuto personal del extranjero. Pero el objeto de la ley de 1865 ha sido precisamente derogar este estatuto, por interés de los herederos belgas. ¿Quién amparará sus derechos en caso de contienda? Evidentemente que los tribunales de Bélgica. Esto es de jurisprudencia (2).

568. Si un extranjero muriese en Bélgica, sin dejar ningún heredero belga, ¿serán competentes los tribunales belgas? Sí, si el extranjero estuviese domiciliado en Bélgica; en este caso sería aplicable el art. 110. No podría objetarse la calidad de extranjero de los litigantes; en efecto, como la ley les da el derecho de suceder en Bélgica, implícitamente les otorga el derecho de llevar las con-

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 419).

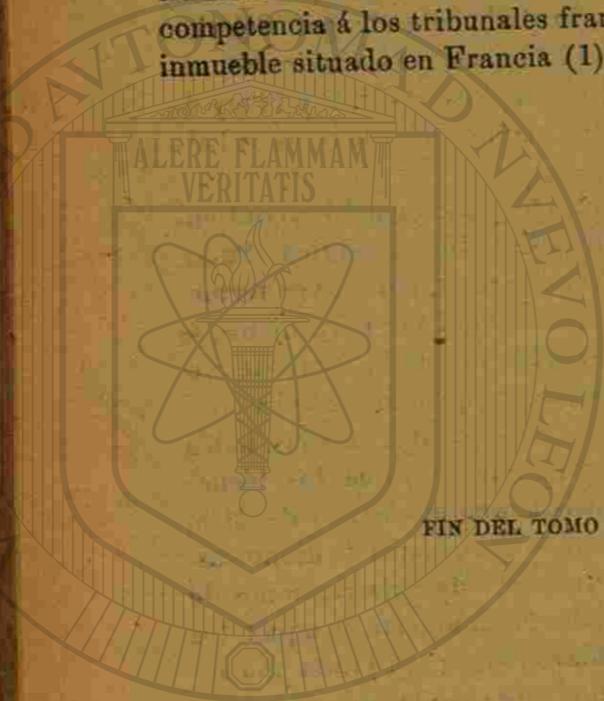
2 Sentencia de casación, de 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471).

tiendas, concernientes á la sucesión, ante los tribunales belgas. Pero si el extranjero, fallecido en Bélgica, tuviere su domicilio en el extranjero, los tribunales belgas dejarían de ser competentes; el art. 110 ya no sería aplicable, supuesto que la sucesión se abre en el extranjero; y la ley de 1865 no lo sería, supuesto que no hay herederos belgas (1).

Estos principios tienen una excepción cuando la contienda es concerniente á inmuebles situados en Bélgica. En este caso habría lugar á aplicar el art. 3, por cuyos términos los inmuebles poseídos en Francia por extranjeros, se rigen por la ley francesa. Esto fué lo que la corte de casación decidió en el siguiente caso: el príncipe Ghyka, hospedador de Moldavia, al casarse en segundas nupcias, había reconocido en el contrato de matrimonio que los bienes aportados por la futura, consistían en el castillo de Mée, situado en el cantón de Melun, el mobiliario de dicho castillo, una suma de 200,000 francos y dos inscripciones de renta de 4,054 francos. Después de la muerte de aquél, los hijos del primer lecho formularon contra la viuda una acción de restitución de aquellos bienes que sostenían que eran puramente ficticios. La corte de París se declaró incompetente, porque se trataba de la sucesión de un extranjero, abierta en el extranjero. A recurso interpuesto, la corte de casación mantuvo la incompetencia en lo concerniente á los valores mobiliarios, pero casó el fallo en lo referente al castillo de Mée. En cuanto á los muebles, la corte suprema falló que debía seguirse la antigua regla, siempre subsistente, según la cual, aquellos bienes siguen á la persona de su propietario y se reputan existentes en el lugar de la apertura de la sucesión, salvo el caso previsto por la ley de 14 de Julio de 1819; esta ley no tenía

1 París 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 79).

que ver en la cuestión, supuesto que no había herederos franceses. En cuanto al castillo de Mée, el art. 3, daba la competencia á los tribunales franceses, por ser aquél un inmueble situado en Francia (1).



FIN DEL TOMO OCTAVO.

1 Sentencia de casación de 22 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 137).

INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

TITULO IV

DE LAS SERVIDUMBRES.—(Continuación).

CAPITULO III.—DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

*Sección III.—De las servidumbres de utilidad
privada*

§ III. De las plantaciones

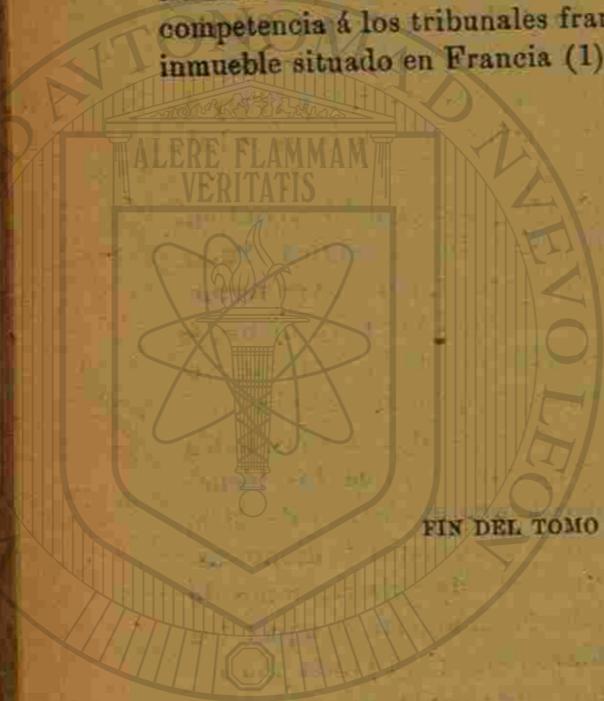
Núm. 1. De la distancia

- | | | |
|---|--|----|
| 1 | ¿Por qué el propietario no puede plantar en la línea separativa de las dos heredades?..... | 3 |
| 2 | ¿Resulta del art. 671 una presunción legal de propiedad?..... | 4 |
| 3 | ¿No se aplica el art. 671 á los árboles plantados por mano del hombre?..... | 5 |
| 4 | ¿Se aplica el art. 671 á las fincas urbanas? ¿Quid si existe un uso que permite plantar sin observar distancia? ¿Quid si las heredades están cercadas?..... | 6 |
| 5 | ¿Hay que distinguir, respecto ha las heredades rústicas, el cultivo diverso de los predios? ¿Quid si uno de los predios es boscoso ó ámbos lo son?..... | 9 |
| 6 | ¿Cuál es la distancia legal? ¿Qué usos se mantienen y cómo se prueban?..... | 11 |
| 7 | ¿Quid de los árboles de alto tallo que se mantienen á la altura de los árboles de bajo tallo? ¿Quid si un uso consagra este sistema? ¿Quid si un árbol de alto tallo está plantado en un vallado?..... | 12 |
| 8 | ¿Cómo se mide la distancia?..... | 16 |

Núm. 2. Sanción. Prescripción.

- 9 El derecho de mandar arrancar los árboles es absoluto;

que ver en la cuestión, supuesto que no había herederos franceses. En cuanto al castillo de Mée, el art. 3, daba la competencia á los tribunales franceses, por ser aquél un inmueble situado en Francia (1).



FIN DEL TOMO OCTAVO.

1 Sentencia de casación de 22 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 137).

INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

TITULO IV

DE LAS SERVIDUMBRES.—(Continuación).

CAPITULO III.—DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

*Sección III.—De las servidumbres de utilidad
privada*

§ III. De las plantaciones

Núm. 1. De la distancia

- | | | |
|---|--|----|
| 1 | ¿Por qué el propietario no puede plantar en la línea separativa de las dos heredades?..... | 3 |
| 2 | ¿Resulta del art. 671 una presunción legal de propiedad?..... | 4 |
| 3 | ¿No se aplica el art. 671 á los árboles plantados por mano del hombre?..... | 5 |
| 4 | ¿Se aplica el art. 671 á las fincas urbanas? ¿Quid si existe un uso que permite plantar sin observar distancia? ¿Quid si las heredades están cercadas?..... | 6 |
| 5 | ¿Hay que distinguir, respecto ha las heredades rústicas, el cultivo diverso de los predios? ¿Quid si uno de los predios es boscoso ó ámbos lo son?..... | 9 |
| 6 | ¿Cuál es la distancia legal? ¿Qué usos se mantienen y cómo se prueban?..... | 11 |
| 7 | ¿Quid de los árboles de alto tallo que se mantienen á la altura de los árboles de bajo tallo? ¿Quid si un uso consagra este sistema? ¿Quid si un árbol de alto tallo está plantado en un vallado?..... | 12 |
| 8 | ¿Cómo se mide la distancia?..... | 16 |

Núm. 2. Sanción. Prescripción.

- 9 El derecho de mandar arrancar los árboles es absoluto;

	Págs.
puede ejercitarse por pequeña que sea la diferencia entre la distancia legal y la distancia real, aun cuando no hubiere ningún perjuicio.....	16
10 ¿Quién puede intentar la acción abierta por el art. 672?..	17
11 ¿ <i>Quid</i> si los árboles subsisten hace treinta años? ¿Hay prescripción adquisitiva ó extintiva? Consecuencia del principio de que la adquisición es adquisitiva.....	18
12 ¿Cuándo comienza á contarse la prescripción? ¿ <i>Quid</i> si se trata de un bosque? ¿ó de árboles provinientes de antiguas cepas?.....	20
13 ¿Cuál es el objeto de la prescripción? ¿Pueden renovarse las plantaciones? Crítica de la jurisprudencia y de la doctrina.....	23
14 ¿El derecho de mantener los árboles á una distancia menor que la legal, puede establecerse por destino de familia? ¿La facultad de reemplazar esos árboles puede resultar del destino?.....	29
Núm. 3. Derecho del vecino en cuanto á las ramas y á las raíces.	
15 ¿ <i>Quid</i> si el tronco, las ramas ó las raíces avanzan hacia el predio del vecino?.....	32
16 ¿El art. 672 se aplica á los bosques?.....	33
17 ¿Se aplica cuando los árboles se han plantado á la distancia legal?.....	34
18 ¿Tiene el vecino el derecho de mandar cortar las ramas cuando los árboles están plantados á una distancia menor que la legal, en virtud de un título, del destino del padre de familia ó de la prescripción?.....	34
19 ¿Se puede adquirir por título ó destino del padre de familia, el derecho de hacer avanzar las ramas de un árbol hacia la heredad ajena?.....	37
20 ¿Se puede adquirir ese derecho por prescripción? Crítica de la jurisprudencia y de la doctrina.....	38
21 ¿El derecho de cortar las raíces es imprescriptible?.....	41
Núm. 4. De los frutos de los árboles.	
22 ¿A quién pertenecen los frutos que avanzan hacia el predio del vecino?.....	41
23 ¿El propietario del árbol tiene el derecho de pasar por el predio del vecino para cortar los frutos?.....	42
24 Obligación del vecino sobre cuyo predio avanzan los frutos.....	44

Págs.

§ IV. De la distancia y de las obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones.

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

25 Las medidas que se requieren para ciertas construcciones se prescriben, ó por interés general ó por interés privado.....	44
26 Consecuencias que resultan de esa distinción.....	45

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

27 ¿Por qué remite el código á los reglamentos y usos? ¿ <i>Quid</i> si no los hay?.....	47
28 ¿ <i>Quid</i> de los reglamentos y usos concernientes á construcciones que no están hechas cerca de un muro?.....	49
29 ¿El art. 674 es limitativo? ¿Toda construcción aplicada contra una pared está dentro de la aplicación de este artículo?.....	50
30 ¿Qué diferencia hay entre el caso del artículo 674 y el del 662?.....	51
31 ¿ <i>Quid</i> si el constructor no observa los reglamentos y los usos? ¿ <i>Quid</i> si á pesar de observarlos, se vulneran los derechos del vecino?.....	52

Núm. 3. De las zanjas.

32 Aplicación de estos principios á las zanjas abiertas en el límite de la heredad.....	53
33 Crítica de la jurisprudencia. ¿Están todavía vigentes los antiguos usos?.....	54
34 Hay una presunción de propiedad?.....	56

§ V. De las vistas y de las luces sobre la propiedad del vecino.

Núm. 1. ¿Son una servidumbre, y á cargo de qué predio? ®

35 ¿Qué se entiende por <i>luces</i> y <i>vistas</i> ? ¿cuál es su objeto?..	57
36 ¿Las <i>luces</i> y las <i>vistas</i> constituyen una servidumbre y á cargo de qué predio?.....	59
37 Teoría nueva consagrada por la costumbre de París.....	60
38 ¿Los autores del código civil han seguido la costumbre de París ó la teoría romana?.....	63
39 ¿Cuál es la teoría del código? ¿Cuándo son las <i>luces</i> y <i>vistas</i> del ejercicio del derecho de propiedad? ¿y cuándo constituyen una servidumbre?.....	65

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

I. Principios generales.

- 40 El que practica en pared, luces ó vistas de derecho, no adquiere ninguna servidumbre en el predio del vecino. Consecuencias que de esto resultan en cuanto á los derechos del vecino 69
- 41 ¿Las restricciones concernientes á las luces y vistas de derecho son aplicables en los campos? y ¿cuándo una de las heredades no está cercada? 71
- 42 ¿Quid de las aberturas practicadas en el muro de un jardín ó de un parque? 72
- 43 ¿Quid de los claros? ¿Quid de las puertas sin vidrieras? 74
- 44 ¿Quid si la vista cae hacia un cercado que no permite que se mire la heredad del vecino? 75
- 45 ¿Quid si hay un terreno intermedio entre el muro y aquél hacia el cual da la vista? 77
- 46 ¿Quid si ese terreno intermediario es una cosa común? 77
- 47 ¿Quid si las ventanas caen á una vía pública? 79
- 48 ¿Sucede lo mismo si se trata de vistas oblicuas? 81
- 49 ¿Quid de los balcones y otras obras salientes hechas con autorización? 82
- 50 La excepción se aplica á todos los terrenos que sirven para el uso del público 83

II. De las luces.

- 51 ¿Cuándo el propietario de una pared puede practicar en ella luces? 84
- 52 Modo de construcción prescrito por la ley 84
- 53 ¿A qué distancia del piso pueden establecerse? ¿Quid de la anchura y de la altura? 85

III. De las vistas.

- 54 ¿Cuáles son las restricciones á que se hallan sometidas las vistas 86
- 55 ¿Qué debe entenderse en el art. 678, por "balcones y otros voladizos semejantes?" 86
- 56 ¿Quid de las aberturas practicadas en la techumbre? 88
- 57 ¿Cómo se calculan las distancias legales? ¿Quid si se trata de una vista oblicua? 90
- 58 ¿En dónde se coloca la línea de separación de las dos heredades cuando están separadas por una pared medianera? 91

Núm. 3. De las luces y vistas de servidumbre.

I. Principios.

- 59 ¿Cuándo constituyen servidumbres las luces y vistas? 91
- 60 ¿Es suficiente que las luces no estén construidas en las con-

- diciones legales para que sean luces de servidumbre? ¿Quid de las vistas? 92
- 61 El propietario que durante treinta años ha poseído vistas de servidumbre, adquiere la servidumbre de vista por efecto de esa prescripción 95
- 62 Crítica de la jurisprudencia contraria de las cortes de Bélgica 96

II. Consecuencias.

- 63 ¿Cuál es la extensión de la servidumbre adquirida por prescripción 102
- 64 ¿Quid si la pared se derriba y se reconstruye? ¿revive la servidumbre? 102
- 65 ¿Quid si en este caso se niega que haya habido vistas? ¿Podría establecerse el hecho por medio de la prueba testimonial? 103
- 66 ¿Cuál es la extensión de la servidumbre de vista, en cuanto al derecho que el propietario del predio sirviente tiene para edificar? ¿Existe una distancia legal durante la cual él no puede edificar. 104

§ VI. Del derrame de los techos.

- 67 ¿En qué principio se funda la disposición del art. 681 106
- 68 ¿Se aplica al caso en que el terreno en el cual se vierten las aguas pertenece en común á los dos vecinos? 106
- 69 ¿Cuándo se considera como servidumbre el derrame de los techos? 107
- 70 ¿Quid si el predio vecino es inferior? ¿Cuándo y con qué condiciones está sujeto á recibir las aguas pluviales? 107
- 71 ¿Quid si el propietario retiene las aguas en su predio y si las infiltraciones causan un daño al predio vecino? 109
- 72 ¿El que derrame las aguas en un terreno que queda más allá de su pared, se presume propietario de ese terreno? ¿El vecino puede prescribirlo? 109

§ VII. De la servidumbre de enclave.

- 73 ¿Es una servidumbre de paso y no una expropiación 112

Núm. 1. Condiciones.

- I. ¿Quién puede reclamar el paso?
- 74 ¿Los que tienen un derecho real en el predio pueden reclamar el paso? 114
- 75 ¿Quid del tomador? 114

II. Enclave.

- 76 ¿Cuándo hay enclave? ¿se necesita que haya una necesidad

	Págs.
absoluta?	115
76 <i>bis</i> ¿Qué debe entenderse en el art. 685 por las palabras <i>via pública</i> ?	117
77 ¿ <i>Quid</i> si el predio enclavado viene á parar en un camino de tiro? ¿ <i>Quid</i> si el propietario enclavado tiene una salida de simple tolerancia?	117
78 ¿ <i>Quid</i> si existe su camino, pero impracticable ó en mal estado?	118
79 ¿ <i>Quid</i> si hay una salida, pero peligrosa, incómoda? Aplicación del principio á las corrientes de agua	119
80 ¿ <i>Quid</i> si una salida difícil ó impracticable puede hacerse viable mediante algunos trabajos?	121
81 ¿ <i>Quid</i> si la salida es insuficiente para las necesidades de la explotación?	122
82 ¿Todo enclave da derecho á un paso forzoso? ¿ <i>Quid</i> si el enclave procede de un hecho voluntario, tal como una partición?	122
83 Poder de los tribunales cuando el enclave resulta de una partición	125
84 Diferencia entre el paso debido en virtud de una partición y el paso debido en virtud del art. 682	126
85 ¿Se aplican estos principios al caso en que un predio se halle enclavado á causa de una venta?	127
86 ¿ <i>Quid</i> si el paso estipulado por la escritura de venta se hace insuficiente para las necesidades de la explotación?	127
87 ¿ <i>Quid</i> si el predio del vendedor termina en un camino de servicio? ¿El comprador puede servirse de este camino, ó tiene derecho al paso legal del art. 682?	129
88 ¿ <i>Quid</i> si el enclave existía ya al verificarse la venta? ¿el adquirente tendría la acción que pertenecía á su vendedor para obtener un paso?	130
III. ¿Cuál es el objeto del paso legal?	
89 ¿Qué debe entenderse por estas palabras del art. 682: <i>para la explotación de su heredad</i> ?	130
90 ¿La servidumbre puede reclamarse para la explotación de un fundo industrial?	131
91 ¿El propietario puede cambiar su explotación y extenderla, y agravar con esto la carga del predio sirviente? ¿Puede edificar y crear un establecimiento industrial?	132
IV. ¿Sobre qué predios puede reclamarse el paso?	
92 ¿Puede reclamarse sobre las heredades vecinas, sea cual fuere su naturaleza? ¿ <i>Quid</i> de los fondos dotales? ¿ <i>Quid</i> de los bienes del Estado y del dominio público?	135
93 ¿En qué predio y sobre qué parte de este debe ejercerse el paso?	137

	Págs.
94 ¿El propietario del predio sirviente puede pedir el cambio de lugar de la servidumbre, sea sobre su predio, sea sobre el predio de un vecino?	138
V. De la indemnización.	
95 ¿Se debe la indemnización cuando el enclave existe á causa de una partición ó de una venta?	139
96 ¿La indemnización debe ser previa?	140
97 ¿ <i>Quid</i> si el paso se ejerce antes que esté arreglado el ejercicio de la servidumbre?	141
98 ¿Puede existir la indemnización en una anualidad? ¿se divide cuando hay varios propietarios del predio denunciante?	142
Núm. 2. De la prescripción en materia de enclave.	
99 ¿El derecho de paso en caso de enclave se adquiere por prescripción?	143
100 ¿El derecho de paso de enclave, se extingue por la prescripción?	147
I. Efecto de la prescripción en cuanto al modo de ejercicio.	
101 La doctrina y la jurisprudencia admiten que el modo de ejercicio puede prescribir	149
102 Crítica de la opinión general	150
103 ¿Es siempre posible la prescripción, aun en la opinión general?	153
104 ¿ <i>Quid</i> si el predio por el cual se ejerce el paso es un predio dotal?	154
II. Efecto de la prescripción en cuanto á la indemnización.	
105 La prescripción de la indemnización es extintiva. Debe reunir las condiciones de la prescripción adquisitiva: ¿en qué sentido?	155
106 ¿Cuándo comienza esa prescripción? ¿Se necesita que el derecho de paso esté regido por convenio ó por fallo?	158
107 ¿ <i>Quid</i> si el paso se ejerce por varias heredades? ¿Habrá tantas prescripciones diversas como predios?	160
197 <i>bis</i> . ¿ <i>Quid</i> si el paso se ejerció sin que hubiese enclave?	161
Núm. 3. Efectos de la servidumbre de paso.	
108 ¿Cuáles son los derechos del propietario enclavado?	162
109 ¿Cuáles son los derechos del propietario por cuyo predio se ejerce el paso? ¿Puede cercar, y con qué condición?	163

	Págs.
Núm. 4. Extinción de la servidumbre.	
110 ¿Se extingue la servidumbre cuando llega á cesar el enclave?.....	164
111 Crítica de la doctrina y de la jurisprudencia que admiten que subsista la servidumbre.....	165
112 Crítica de una sentencia de la corte de casación.....	167
113 ¿El propietario enclavado tiene derecho á la restitución de la indemnización? ¿Puede reclamar daños y perjuicios?.....	169
114 Debe probar que se ha pagado la indemnización si él ha ejercido el paso durante treinta años? ¿Se tiene presunción de pago?.....	170
115 Estos principios no son aplicables cuando el enclave resulta de una partición ó de una venta.....	171

§ VIII. Del turno de la escala.

116 <i>Del turno de la escala en el antiguo derecho.</i>	172
117 Este derecho ya no existe.....	173
118 El cercamiento puede existir por voluntad del que edifica.....	173
119 El escalage no existe como servidumbre, sino en virtud de un título. ¿Quid de las obligaciones de vecindad establecidas por las antiguas costumbres?.....	174
120 ¿Quid si el propietario pretende que el turno de escala le pertenece? ¿cómo probará su propiedad?.....	175
121 ¿El propietario de un edificio puede reclamar el paso por el predio del vecino para repararlo, en las ciudades y arrabales, y cuando no hay servidumbre?.....	176
122 ¿El derecho de escalage es la consecuencia de la servidumbre de derrame?.....	177
123 ¿Se debe el paso en caso de necesidad, y mediante indemnización?.....	178
124 ¿Las iglesias gozan de un turno de escala?.....	179

CAPITULO IV.—DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR OBRA DEL HOMBRE.

Sección I.—División de las servidumbres.

§ I. De las servidumbres urbanas y rústicas.

125 Definición. Esta clasificación no tiene ninguna importancia jurídica.....	181
---	-----

§ II. De las servidumbres continuas y discontinuas.

Núm. 1. Definición.

126 ¿Qué se entiende en el art. 688 por las palabras: <i>hecho</i>	
--	--

	Págs.
127 <i>actual del hombre?</i>	181
127 ¿Quid si el ejercicio de la servidumbre se interrumpe por obstáculos que no pueden removerse sino por obra del hombre?.....	183
128 Definición de la servidumbre discontinua. ¿Se vuelve continua cuando se anuncia por una obra exterior y permanente?.....	184

Núm. 2. Aplicación.

129 Interés de esta clasificación.....	185
130 ¿La servidumbre de vista que se ejerce por un terrado es continua? ¿Quid de la servidumbre de prospecto? Inconsecuencia de la jurisprudencia y de la ley.....	186
131 ¿El derecho de hacer derramar á los predios inferiores el agua de un estanque para efectuar la pesca es una servidumbre continua?.....	188
232 ¿Quid de la servidumbre de derrame de las aguas de uso doméstico ó industrial?.....	189
133 ¿Quid del lavado de lanas que se practica por medio de una canasta que sube y baja por medio de una polea?..	190
134 ¿El derecho de una comuna para celebrar ferias en el terreno de un particular es una servidumbre continua? ¿Es una servidumbre real ó un derecho de uso?.....	191

§ III. De las servidumbres aparentes y no aparentes.

Núm. 1. Definición.

135 ¿Se necesita que haya obras exteriores? ¿ó bastan los signos?.....	192
136 ¿Se necesita que las obras se hagan en el predio sirviente?.....	193

Núm. 2. Aplicación.

137 ¿Qué interés tiene la división de las servidumbres en aparentes y no aparentes?.....	194
138 ¿Cuándo es aparente la servidumbre de vista? ¿Hay una servidumbre de luces no aparente?.....	194
139 La servidumbre de prospecto no es aparente.....	196
140 ¿La servidumbre de derrame puede ser ó no aparente?.....	196
141 ¿Quid de la servidumbre de toma de agua?.....	197
142 ¿Quid de la servidumbre de inundación ó de submersión?.....	197

§ IV. De las servidumbres positivas y negativas.

143 ¿Qué se entiende por servidumbres positivas y negativas? ¿Qué utilidad tiene esa clasificación?.....	198
--	-----

Sección II.—Cómo se establecen las servidumbres.

- 144 Se establecen por título, por prescripción, por destino del padre de familia. ¿Puede también el juez crear una servidumbre?..... 198

§ I. Del título.

- 145 ¿Qué se entiende por título?..... 201

Núm. 1. Formas.

I. ¿Se necesita un escrito entre las partes?

- 146 Si, si la servidumbre se establece por donación ó por testamento..... 201
- 147 No, si la servidumbre se establece á título oneroso..... 202
- 148 Crítica de la jurisprudencia contraria de las cortes de Bruselas y de La Haya..... 204
- 149 Consecuencias que se derivan de la opinión general..... 206
- 150 ¿La enunciaci3n en una escritura á la que el propietario del predio sirviente es extraño hace prueba de la existencia de la servidumbre? ¿Quid si la enunciaci3n es antigua?..... 206
- 151 De la escritura recognitiva. Sentido del art. 695..... 208
- 152 ¿Qué condiciones se requieren para la validez del reconocimiento? ¿Se necesita que se acepte?..... 110
- 152 bis ¿El art. 1337 es aplicable en el caso previsto por el art. 695?..... 212
- 153 ¿El art. 2265 es aplicable en materia de servidumbre? ¿El propietario del predio dominante puede pedir un título nuevo á sus expensas?..... 213

II. ¿Se necesita un escrito respecto á terceros?

- 154 Bajo el imperio del código civil, nó..... 214
- 155 De las leyes nuevas que exigen la transcripci3n del título constitutivo de la servidumbre..... 214

Núm. 2. ¿Quién puede constituir una servidumbre?

- 156 ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para la constituci3n de una servidumbre?..... 216

I. Se necesita ser propietario.

- 157 ¿El poseedor puede constituir una servidumbre?..... 216
- 158 ¿Quid del co-propietario? ¿Hay que distinguir entre el caso en que él concede la servidumbre en todo el inmueble y aquél en que la concede por su parte?..... 217
- 159 ¿El usufructuario puede constituir una servidumbre?..... 218

II. Capacidad para enagenar.

- 160 ¿Qué capacidad se necesita tener para establecer una servidumbre?..... 220
- 161 ¿Quid si un incapaz constituye una servidumbre sin observar las formas prescritas por la ley..... 221
- 162 ¿El que ha establecido una servidumbre en un predio, puede todavía constituir nuevas servidumbres?..... 222
- 163 ¿Un predio hipotecado puede todavía gravarse con servidumbres?..... 223

Núm. 3. ¿Quién puede adquirir una servidumbre?

- 164 ¿Se necesita ser propietario para adquirir una servidumbre y por qué?..... 223
- 165 ¿El co-propietario puede adquirir una servidumbre para el predio común?..... 225
- 166 ¿El poseedor puede adquirir una servidumbre para el predio?..... 227
- 167 ¿Quid del usufructuario? ¿Hay que distinguir si estipuló en su nombre ó á nombre del propietario?..... 228
- 168 ¿El mandatario puede adquirir una servidumbre? ¿Quid de los administradores legales? ¿el tutor, el marido?..... 230
- 169 ¿El que estipula para un tercero puede adquirir una servidumbre?..... 230
- 170 ¿Si aquel cuya propiedad se resuelve ha adquirido servidumbres para el predio, el propietario puede pedir su mantenimiento?..... 231

Núm. 4. Modalidad.

- 171 ¿Puede establecerse una servidumbre á plazo ó condiciones? ¿Puede estipularse una servidumbre para predios que se adquirirán?..... 232

§ II. Destino del padre de familia.

Núm. 1. Definici3n.

- 172 ¿Qué se entiende por destino del padre de familia? ¿En qué sentido equivale á título..... 233
- 173 Cuando existe un título, deja de haber lugar al destino..... 235
- 174 ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para que haya destino? ¿El usufructuario puede establecer un destino en el sentido legal de la palabra?..... 236
- 175 Se necesita que el destino tenga un carácter de perpetuidad..... 237
- 176 ¿Se necesita que haya dos predios distintos?..... 238
- 177 ¿Se necesita que el destino emane del propietario que ha reunido los dos predios en sus manos? ¿Quid si el destino existia anteriormente á título de servidumbre?..... 239

	Págs.
178 Se necesita que los dos predios estén divididos. ¿Cómo debe hacerse la división?	240
179 ¿ <i>Quid</i> si ella resuelve el derecho que el propietario tenía en uno de los predios? ¿ <i>Quid</i> si el hecho jurídico que opera la división es revocable?	240
180 ¿La división debe emanar del propietario que estableció el destino?	241
181 ¿Qué debe probar el que invoca la donación? ¿Puede probar por testigos los hechos que la constituyen?	242
Num. 2. ¿Qué servidumbres pueden adquirirse por destino?	
182 ¿Por qué las servidumbres discontinuas ó no aparentes no pueden adquirirse por el destino del padre de familia?	244
183 Aplicación del principio á las servidumbres de acueducto de toma de agua, de inundación, y á la servidumbre <i>al tuis non tollendi</i> .	246
Num. 3. Del caso previsto por el art. 694.	
184 Este artículo prevee el caso de una servidumbre extinguida por confusión, y que revive cuando los predios se separan de nuevo.	247
185 Crítica de la opinión consagrada por la jurisprudencia francesa.	254
186 Se necesita que haya un signo aparente de servidumbre. ¿Qué se entiende por esto?	259
187 Se necesita que el contrato no contenga ningún convenio relativo á la servidumbre. ¿ <i>Quid</i> de una cláusula general concerniente á las servidumbres?	262
188 ¿Se necesita que haya dos heredades distintas?	263
189 ¿Se necesita que el propietario disponga de una de las heredades, por una escritura de enagenación? ¿ó se aplica á la partición el art. 694?	264
Num. 4. Efecto del destino.	
190 ¿Hay lugar á registro cuando se establece la servidumbre por destino?	266
191 Diferencia entre el destino del padre de familia y la co-propiedad.	267
§ III. Prescripción.	
Num. 1. Principios generales.	
192 ¿Cuáles son los motivos por los cuales el código civil admite la prescripción trentenaria para las servidumbres continuas y aparentes?	268
193 ¿ <i>Quid</i> de la posesión inmemorial?	270
194 ¿Es admisible la prescripción de diez á veinte años con tí-	

	Págs.
tulo y buena fe	271
Num. 2. ¿Qué servidumbres se adquieren por prescripción?	
I. Principio.	
195 ¿Por qué la ley exige la doble condición de <i>apariencia</i> y de <i>continuidad</i> para la adquisición de las servidumbres por prescripción?	273
196 ¿ <i>Quid</i> si una servidumbre discontinua se ha concedido por un título emanado de aquél que no es propietario del predio sirviente?	274
196 bis. ¿ <i>Quid</i> si hay contradicción al derecho del propietario contra el cual se prescribe? ¿ <i>Quid</i> si, además de la contradicción, hay un título aparente?	276
II. Aplicaciones.	
197 De las servidumbres de paso, de toma de agua y de pastaraje.	277
198 ¿ <i>Quid</i> de la servidumbre de derrame de las aguas de uso doméstico? ¿ <i>Quid</i> de la servidumbre de derrame de las aguas de un canal?	279
199 ¿ <i>Quid</i> de las servidumbres de vistas y de luces?	279
200 ¿ <i>Quid</i> de la servidumbre de voladizo? ¿Cuándo sirve para que se viertan las aguas pluviales? ¿Cuándo es un ornato de arquitectura?	280
III. Prescripción de los derechos de propiedad análogos á las servidumbres.	
201 El derecho de pastaraje y el de paso pueden ser servidumbres ó el ejercicio de la propiedad. En el primer caso, no se adquieren por prescripción: en el segundo caso, son prescriptibles.	283
Num. 3. Condiciones de la prescripción.	
I. Derecho común.	
202 La posesión es la base de la prescripción. ¿Por qué se llama <i>cuasi-posesión</i> ?	284
203 ¿Cuándo comienza la posesión y cómo continúa? Diferencia entre la <i>cuasi-posesión</i> y la posesión.	285
204 ¿Las obras necesarias para que la servidumbre sea aparente deben hacerse en el predio sirviente? ¿por el propietario del predio dominante y con la intención de adquirir un derecho?	286
205 ¿Cuáles son los caracteres que debe reunir la posesión para que pueda servir de base á la prescripción? ¿ <i>Quid</i> si se funda en la tolerancia?	288

- 206 El reconocimiento hecho por el poseedor de que su posesión es de tolerancia impide la prescripción. ¿Tiene efecto respecto de sus sucesores?..... 291

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

- 207 La comuna puede ejercer el paso sea á título de propiedad sea á título de servidumbre..... 292

a) Del paso á título de servidumbre.

1. Sistema del código civil.

- 208 Los derechos de paso ejercidos por los habitantes de una comuna en terrenos que pertenecen á particulares son servidumbres reales..... 293
- 209 ¿Las comunas pueden adquirir una servidumbre de paso por prescripción? Doctrina y jurisprudencia francesas... 296
- 210 Crítica de la jurisprudencia contraria de las cortes de Bélgica..... 297

2. Sistema de la ley belga de 16 de Abril de 1841.

- 211 La ley de 10 de Abril de 1841 admite la prescripción de 10 y 20 años para los caminos vecinales..... 301
- 212 ¿Se aplica esta prescripción á las servidumbres de paso reclamadas por las comunas en terrenos de particulares?... 302
- 213 ¿Cuáles son las condiciones de la prescripción? ¿En qué sentido la ordenanza de la diputación permanente forma título?..... 303
- 214 ¿La ley de 1841 deroga el código civil? ¿Cuál es la extensión de dicha derogación?..... 304

b) Del paso á título de propiedad.

- 215 ¿La comuna puede adquirir un paso á título de propiedad por medio de la prescripción? ¿Qué prueba debe rendir según el código civil?..... 307
- 216 ¿La ley de 1841 deroga, en este respecto, el código civil?... 308
- 217 ¿Cuál es el efecto de la ordenanza de la diputación provincial en cuanto á los derechos de propiedad?..... 309
- 218 ¿Quid si no hay ordenanza de la diputación? ¿la comuna puede adquirir, en este caso, la propiedad de un camino por la prescripción? ¿que prueba debe rendir?..... 310

Sección III.—Del ejercicio de las servidumbres.

§ I. Cuáles servidumbres pueden establecerse.

- 219 En principio, las partes interesadas pueden establecer todo género de servidumbres, salvo las restricciones que establece el art. 686..... 312

- 220 ¿Se puede tener á título de servidumbre, el derecho de plantar en terreno ajeno?..... 314
- 221 La estipulación hecha por una comuna, en una escritura de venta, de que los adquirentes de un terreno que colinda con una plaza pública estarán obligados á edificar en un plazo determinado, es una servidumbre..... 317
- 222 ¿Es una servidumbre la carga impuesta al vendedor de construir casas burguesas en los terrenos que se ha reservado?..... 318
- 223 ¿Es una servidumbre la obligación de sufrir los inconvenientes del terreno?..... 319
- 224 ¿Es una servidumbre el derecho de hacer excavaciones para buscar una mina?..... 319

§ II. Del modo de ejercitar las servidumbres.

Núm. 1. Del título.

I. Principios de interpretación.

- 225 ¿Debe interpretarse el título en un sentido restrictivo? ¿ó deben aplicarse las reglas generales que el código establece sobre la interpretación de los convenios?..... 320
- 226 ¿Quid si la servidumbre está constituida por donación?..... 323
- 227 ¿En qué sentido es verdad decir que las servidumbres son de derecho estricto?..... 324

II. Aplicaciones.

- 228 No hay servidumbre sin un compromiso del propietario del predio sirviente, en caso de duda sobre la existencia del compromiso, hay que pronunciar por la libertad..... 325
- 229 ¿Se necesita que la servidumbre esté constituida en términos expresos? ¿ó los tribunales pueden inferirla por vía de interpretación de las diversas cláusulas ó de las diversas escrituras y documentos de la causa?..... 327
- 230 ¿Quid si el derecho estipulado por una persona puede considerarse, sea como un derecho de servidumbre, sea como un derecho de crédito?..... 329
- 231 Extensión de las servidumbres. Interpelación restrictiva de las servidumbres. Crítica de las sentencias..... 331
- 232 Tendencia de la jurisprudencia en restringir las servidumbres. Ejemplo de una servidumbre de no edificar. Crítica de la sentencia..... 332
- 233 Interpretación restrictiva del derrame de las aguas de uso doméstico..... 333
- 234 Ejemplos de interpretación extensiva..... 334

Núm. 2. Del destino del padre de familia.

- 235 Ella interpreta las servidumbres establecidas por destino. Diferencia entre el principio de interpretación, concernien-

	Págs.
te al destino y el principio que rige el título	385
Núm. 3. De la posesión.	
236 Ella determina la extensión de las servidumbres adquiridas por prescripción. La interpretación es restrictiva. Aplicación del principio á la servidumbre de vista	336
237 La posesión explica el título y aún puede extenderlo si la servidumbre es continua y aparente	338
238 Aplicación del principio á la servidumbre de toma de agua	339
§ III. Derechos del propietario del predio dominante.	
Núm. 1. De las obras necesarias á la servidumbre.	
239 Aquél á quien se debe una servidumbre puede hacer las obras necesarias para hacer uso de ella. ¿Quid si el título determina esas obras?	341
240 ¿Puede él hacer esas obras en el predio sirviente?	342
241 ¿Quién reporta los gastos de esos trabajos?	343
242 ¿El título puede poner los gastos á cargo del propietario del predio sirviente? ¿Cuál es la naturaleza de esa obligación?	343
243 ¿Esta carga es real ó personal? ¿Quid si las reparaciones se han hecho necesarias por culpa del propietario del predio dominante ó del propietario del predio sirviente?	344
244 Consecuencias que se desprenden de la realidad de la carga.	345
245 Del derecho de abandono. ¿Qué se entiende en el art. 699 por <i>predio sometido</i> ?	347
246 ¿Cuál es el efecto del abandono autorizado por la ley? en cuanto á la carga y en cuanto á la translación de la propiedad del predio abandonado?	348
247 ¿Se puede renunciar al derecho de abandono?	349
Núm. 2. De las servidumbres accesorias.	
248 ¿Cuándo puede el dueño del predio dominante reclamar servidumbres á título de derecho accesorio?	350
249 ¿La servidumbre de voladizo con canales da derecho de paso para hacer las reparaciones necesarias al uso de la servidumbre?	351
250 ¿La servidumbre de acueducto ó de toma de agua implica el derecho de paso?	351
251 ¿La servidumbre de vista establecida por título implica la servidumbre de no edificar?	353
252 ¿Quid si la servidumbre de vista se halla establecida por prescripción?	354
253 ¿Quid de la servidumbre de vista establecida por destino del padre de familia?	355
254 ¿La servidumbre de prospecto está necesariamente com-	

	Págs.
prendida en la de no edificar ó en la de no edificar más arriba?	356
255 Principios especiales que rigen las servidumbres accesorias.	559
Núm. 3. Restricción de los derechos del propietario del predio dominante.	
I. Restricción que resulta del objeto de la servidumbre.	
356 ¿Puede extenderse la servidumbre á predios para los cuales no se ha estipulado?	360
257 ¿Cuándo puede decirse que la servidumbre se ha extendido á otros predios?	361
258 ¿Puede el propietario del predio sirviente exigir que los predios anexos á la heredad dominante estén separados de ésta por cercado?	362
259 La servidumbre se limita al objeto para el cual se estableció á menos que, en la intención de las partes, no tenga un destino ilimitado	363
260 Aplicación del principio á la servidumbre de acueducto ó de toma de agua adquirida por prescripción	364
261 Aplicación del principio al caso en que la servidumbre está establecida por título. Servidumbre de toma de agua. Servidumbre de paso	366
262 ¿Hay que tener en cuenta las necesidades del predio sirviente en el momento en que se constituye la servidumbre?	368
II. Restricción que resulta de la libertad del predio sirviente.	
263 ¿Qué diferencia hay entre la agravación de la servidumbre y la restricción que resulta del objeto de la servidumbre?	369
264 ¿Hay agravación de la servidumbre cuando el número de los que la usan aumenta, sea por algunos cambios operados en los lugares, sea por un cambio de destino del predio dominante?	370
265 ¿El propietario de la heredad dominante puede cambiar el punto por el cual se ejerce la servidumbre?	373
266 ¿Cuáles son los derechos del propietario de la heredad sujeta, si el propietario del predio dominante verifica cambios que agraven la servidumbre?	375
§ IV. Obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente.	
Núm. 1. Obligaciones.	
267 El no puede disminuir el uso de la servidumbre. ¿Se ne-	

	Págs.
cesita que haya perjuicio para que haya disminución del uso?.....	376
268 ¿Cuándo hay perjuicio? Aplicación del principio á la servidumbre de paso.....	377
269 Cuando no hay perjuicio, aunque haya cambio, no hay disminución de la servidumbre.....	378
270 ¿La corte de casación puede revisar las sentencias pronunciadas en esta materia por los jueces de hecho?.....	379
271 ¿ <i>Quid</i> si hay disminución de la servidumbre? ¿El propietario del predio dominante puede reclamar la supresión de los trabajos, daños y perjuicios contra un tercer detentor del predio sirviente?.....	380
Núm. 2. Derechos.	
272 El propietario de la heredad sirviente puede hacer en su predio todas las construcciones que no causen perjuicio al propietario del predio dominante.....	381
273 ¿Puede cercarse con barreras que se cierran con llave?...	381
274 ¿Puede servirse del predio para el mismo uso para el cual se estableció la servidumbre?.....	383
275 ¿Puede pedir la translación de la servidumbre? ¿con qué condiciones? ¿Puede renunciar á ese derecho?.....	384
276 ¿El cambio de lugar puede pedirse si hay un título que fija el sitio por donde debe ejercerse la servidumbre? ¿Se necesita el consentimiento del vecino?.....	386
277 ¿Puede cambiarse el estado de los lugares, así como todo lo que concierne al ejercicio de la servidumbre, con las condiciones determinadas por el art. 701?.....	387
§ V. Efecto de la división del predio dominante y del predio sirviente.	
Núm. 1. División del predio dominante.	
278 La servidumbre sigue debiéndose á cada porción del predio, sin distinguir si la división de la heredad se ha operado por venta ó por herencia.....	388
279 El art. 700 se aplica al caso en que hay indivisión y al caso en que hay partición.....	389
280 ¿Cuál es el derecho de los co-propietarios durante la indivisión?.....	389
281 ¿ <i>Quid</i> si la servidumbre es divisible?.....	392
282 ¿Cómo ejercerá cada uno de los co-propietarios el derecho de servidumbre?.....	392
283 ¿ <i>Quid</i> si el predio dominante está dividido? ¿Cuáles serán los derechos de los diversos propietarios?.....	393

	Págs.
Núm. 2. División del predio sirviente.	
284 ¿Cuál es el efecto de la división del predio sirviente sobre la servidumbre? ¿durante la indivisión? ¿cuáles de la partición? ¿si la servidumbre es indivisible? ¿si es divisible?.....	394
§ VI. De las acciones que nacen de las servidumbres.	
285 Las servidumbres dan lugar á dos acciones, la "confesoria" y la "negatoria".....	396
286 Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias.....	396
287 Las acciones que nacen de las servidumbres son reales ó inmobiliarias. Consecuencias que de esto resultan.....	397
288 ¿A quién incumbe la prueba, al propietario que reclama la libertad de sus predios ó al que está en posesión de la servidumbre?.....	398
Sección IV.—Cómo se extinguen las servidumbres.	
§ I. Del caso previsto por los arts. 703 y 704.	
289 La servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante no puede ya sacar de ella ventaja alguna.....	401
290 Cesa también cuando su uso se hace materialmente imposible.....	403
291 ¿ <i>Quid</i> si las cosas se restablecen de suerte que se pueden usar de ella.....	404
292 Aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho del principio del art. 704.....	405
293 Consecuencias que resultan de la jurisprudencia.....	408
294 ¿ <i>Quid</i> si transcurren treinta años desde que las cosas se hallan en tal estado que ya no puede usarse la servidumbre?.....	409
295 ¿El art. 704 es aplicable cuando el propietario del predio dominante ha estado en la imposibilidad material de usar la servidumbre?.....	410
296 ¿El plazo de treinta años es una prescripción ó un plazo prefijado?.....	413
297 ¿Se necesita distinguir entre las servidumbres continuas y las discontinuas para determinar el punto de partida de la prescripción?.....	415
298 Reciben estos principios excepción cuando queda un vestigio de la servidumbre.....	416
§ II. De la confusión.	
299 ¿Qué se entiende por <i>confusión</i> ? ¿Cuál es el motivo de este modo de extinción?.....	417

	Págs.
300 ¿Qué condición se requiere para que haya confusión?.....	418
301 ¿Quid si cesa la confusión? ¿Quid si los dos predios están separados?.....	419
302 Las servidumbres renacen, además, en el caso previsto por el art. 2177.....	421
303 ¿Quid si la confusión se opera á causa de herencia, y si el heredero enajena sus derechos?.....	422
§ III. Del no-uso.	
Núm. 1. Duración de la prescripción:	
304 El no uso durante treinta años es una prescripción extintiva.....	424
305 ¿Quid si el derecho litigioso constituye un derecho de propiedad? ¿El derecho á las yerbas segundas es un derecho de co-propiedad ó un derecho de servidumbre?.....	424
306 Todas las servidumbres se extinguen por el no-uso.....	427
307 ¿Cuándo comienza á correr la prescripción si la servidumbre es discontinua?? ¿Quid si el ejercicio de la servidumbre es intermitente?.....	427
308 ¿Quid si la servidumbre es continua? Aplicación del principio al derecho de conducción de agua.....	428
309 La servidumbre discontinua se conserva en tanto que alguno la ejerce. Se pierde cuando no se ejerce, importando poco quién sea el detentor del predio.....	430
310 ¿Cuáles son los caracteres que debe tener el acto contrario á la servidumbre exigido por el art. 707 para que corra la prescripción?.....	432
311 ¿Se necesita que el acto contrario á la servidumbre emane del propietario de la heredad sirviente ó del de la heredad dominante? ¿Quid si es obra de la naturaleza?.....	433
312 Se aplican al no-uso los principios que rigen la suspensión y la interrupción de la prescripción.....	436
313 ¿Quid si la servidumbre jamás se ha ejercido? ¿Quid si se estipuló para una casa por edificar? La servidumbre, en este caso, es condicional.....	436
314 Las servidumbres se extinguen también por la usucapión de diez ó veinte años.....	439
Núm. 2. De la prueba.	
315 Se sigue el principio establecido por el art. 1315.....	444
316 Aplicación del principio á las servidumbres continuas.....	445
317 Aplicación del principio á las servidumbres discontinuas. Crítica de la opinión general consagrada por la jurisprudencia.....	446
Núm. 3. Efectos de la prescripción.	
318 La servidumbre extinguida por el no uso no revive si se	

	Págs.
ejerce después de que se adquiere la prescripción.....	451
319 Hay excepción si el ejercicio de la servidumbre implica una renuncia del propietario de la heredad sirviente, en beneficio de la prescripción.....	451
Núm. 4. Influencia de la indivisibilidad sobre la prescripción	
320 Consecuencia de la indivisibilidad en cuanto á la interrupción de la prescripción.....	452
321 Influencia de la indivisibilidad sobre la suspensión de la prescripción.....	454
322 ¿La partición de la herencia destruye el efecto producido durante su división por el goce de uno de los co-herederos ó por su minoría?.....	454
323 ¿Los arts. 709 y 710 se aplican á las servidumbres divisibles?.....	458
324 ¿Quid si el predio indiviso se divide?.....	460
Núm. 5. Prescripción del modo de la servidumbre.	
I. Principio.	
325 De la prescripción adquisitiva del modo de la servidumbre.	460
326 De la prescripción extintiva del modo de la servidumbre.	462
II. Aplicación.	
327 ¿Quid si no se usa del total de la servidumbre y si se usa de otra servidumbre?.....	463
328 Aplicación del art. 708 á las servidumbres continuas.....	464
329 Aplicación del principio á las servidumbres discontinuas. Sistema de Dupret. Objeciones.....	465
330 Restricción aceptada en este sistema.....	466
331 Aplicación del art. 708 al caso en que el sitio por donde debía ejercerse la servidumbre, está cambiado por una posesión de 30 años.....	467
332 ¿Cuál será el nuevo modo de ejercer la servidumbre si el antiguo se extingue por el no uso y si el nuevo no se adquiere por la prescripción?.....	469
§ IV. De los casos de extinción no previstos por la sección IV.	
Núm. 1. Espiración del tiempo. Resolución. Revocación.	
333 Las servidumbres pueden establecerse á plazo. Se puede estipular la redención.....	470
334 Las servidumbres se extinguen por la resolución del título constitutivo de la servidumbre.....	471

	Págs.
335 Se extinguen por la revocación retroactiva de los derechos del constituyente.....	471
Núm. 2. De la renuncia.	
336 La renuncia es expresa ó tácita. ¿Debe ser aceptada?.....	471
337 De la renuncia expresa. Aplicación.....	471
338 De la renuncia tácita. ¿Hay renuncia tácita, cuando á ciencia y presencia del propietario de la heredad dominante, se ejecutan trabajos contrarios á la servidumbre.....	472
Núm. 3. De la expropiación por causa de utilidad pública.	
339 ¿Cuándo se extingue la servidumbre en caso de expropiación?.....	475
Apéndice al libro II del Código Civil.	
TITULO V.—DE LA ENFITEUSIS.	
CAPITULO I.—NOCIONES GENERALES.	
§ I. Origen de la enfiteusis.	
340 La enfiteusis existe en Bélgica como derecho real en virtud de una ley especial.....	477
341 Origen de la enfiteusis. ¿Cuál fué la verdadera razón de su establecimiento en la decadencia del imperio romano?.....	479
342 En la edad media el arrendamiento enfiteutico se confunde con el arrendamiento á censo: el enfiteuta tiene el dominio útil y el arrendador el dominio directo.....	481
343 Los jurisconsultos de la escuela consuetudinaria atribuyen esta teoría al derecho romano.....	483
344 ¿Cuál es la verdadera teoría romana? Doctrina de Doneau.....	485
345 Leyes de la Revolución. ¿Qué es la enfiteusis en el derecho moderno? ¿Tiene todavía razón de ser?.....	487
§ II. Caracteres de la enfiteusis.	
346 La perpetuidad del derecho y la obligación de mejorar la heredad ya no son caracteres de la enfiteusis, según la ley belga.....	489
347 El censo es de la esencia de la enfiteusis. ¿Cuál es su objeto?.....	491
348 El enfiteuta tiene un derecho real. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? ¿Es un derecho de propiedad? Doctrina de Merlin y su refutación.....	491
349-351 Cómo considera la jurisprudencia el derecho del enfiteuta. Crítica de las sentencias de la corte de casación de Francia.....	494-496

	Págs.
352 ¿El contrato enfiteutico está sometido á los derechos de mutación como implicantes de transmisión de propiedad?.....	497
III. La enfiteusis y el arrendamiento.	
353 Diferencias entre la enfiteusis y los contratos de venta y alquiler.....	502
354 ¿En qué caracteres se puede distinguir si un contrato es una enfiteusis, una venta ó un arrendamiento? Doctrina de Cojas y de Domat.....	503
355 ¿Cuáles son los caracteres distintivos de la enfiteusis y del arrendamiento según la jurisprudencia de la corte de casación?.....	505
356-360 Aplicaciones. ¿Cuándo hay enfiteusis? ¿Cuándo arrendamiento?.....	508-512
§ IV. La enfiteusis y el usufructo.	
361 ¿Qué diferencias hay entre la enfiteusis y el usufructo?.....	515
CAPITULO II.—COMO SE ESTABLECE LA ENFITEUSIS.	
§ I. ¿Quién puede establecer una enfiteusis?	
362 Se necesita ser propietario y tener la capacidad de enagenar para constituir la enfiteusis. ¿Quid de las personas civiles y de los incapaces?.....	517
363 ¿Quién puede adquirir una enfiteusis?.....	518
§ II. ¿Sobre qué bienes puede establecerse?	
364 Sobre inmuebles, sobre edificios, tanto como sobre fundos de tierra.....	518
§ III. ¿A qué título?	
365 ¿Puede constituirse la enfiteusis á título gratuito? ¿por testamento?.....	519
366 ¿Deb relactarse por escrito el contrato enfiteutico?.....	520
367 ¿Puede celebrarse á perpetuidad?.....	521
368 ¿Quid si las partes han derogado la disposición de la ley de 1824 concerniente á la duración que deban ó que puedan tener los arrendamientos enfiteuticos?.....	521
369 ¿La enfiteusis puede adquirirse por prescripción?.....	524
CAPITULO III.—DERECHO DEL ENFITEUTA.	
§ I. Derecho de disposición.	
370 Analogía y diferencia entre el derecho del enfiteuta y el	

	Págs.
del propietario.....	528
371 El enfiteuta puede enagenar el derecho de enfiteusis.....	529
372 Ya no existen las restricciones á que las leyes romanas sometían este derecho.....	529
373 ¿El propietario tiene una acción directa contra el cesionario de la enfiteusis?.....	530
374 El enfiteuta puede hipotecar su derecho. ¿Puede hacerlo en derecho francés?.....	531
375 El enfiteuta puede constituir una servidumbre en el predio.....	532
376 El enfiteuta tiene las acciones posesorias y las reales.....	532
§ II. Derecho de goce.	
377 El enfiteuta tiene el pleno goce. Analogía entre sus derechos y los del propietario. Consecuencias que resultan..	533
378 ¿El enfiteuta tiene derecho á las minas?.....	535
379 ¿El enfiteuta puede cambiar la superficie del fundo?.....	537
380 ¿Cuál es su derecho en los bosques que se encuentran en el predio enfiteutico?.....	538
381 ¿Quid de las construcciones y plantaciones que él hace?..	539
CAPITULO IV.—OBLIGACIONES DEL ENFITEUTA.	
§ I. Del canon.	
382 El canon es de la esencia de la enfiteusis. Carácter de la renta enfiteutica.....	541
383 ¿En qué sentido es indivisible la obligación de pagar el canon?.....	542
384 ¿Quid si el enfiteuta no paga el canon?.....	544
385 ¿Tiene derecho á una rebaja en caso de pérdida total de goce?.....	544
§ II. Cargas del enfiteuta.	
386 No debe caución y sus bienes no se agravan de privilegio.	546
387 ¿Debe disfrutar como buen padre de familia? Diferencia entre la obligación que le incumbe y las del usufructuario y del arrendatario.....	547
388 ¿Qué reparaciones están á cargo del enfiteuta?.....	548
389 ¿Qué contribuciones debe soportar?.....	549
390 ¿Debe denunciar al propietario las usurpaciones que se cometan en el predio?.....	550
CAPITULO V.—DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL PROPIETARIO.	
§ I. Derechos del propietario.	
391 El que da un predio en enfiteusis sigue siendo su propie-	

	Págs.
tario.....	551
392 Puede enagenar ó hipotecar el predio enfiteutico. ¿Puede también hipotecar la renta enfiteutica?.....	552
393 ¿El propietario conserva su derecho de goce durante la enfiteusis?.....	553
393 bis. ¿Cuáles son los derechos del propietario al espirar el arrendamiento?.....	555
§ II. Obligaciones del propietario.	
394 ¿El arrendador está obligado á la garantía?.....	555
395 ¿El propietario tiene las obligaciones y cargas que el código civil impone al nudo propietario de los bienes gravados con usufructo?.....	556
CAPITULO VI.—EXTINCION DE LA ENFITEUSIS.	
§ I. De la confiscación enfiteutica.	
396 De la confiscación enfiteutica según el derecho antiguo... 558	558
397 De la confiscación enfiteutica según el código civil.....	559
398 ¿Hay que aplicar los principios del código civil cuando se trata de un arrendamiento hecho antes de la publicación del código?.....	560
§ II. Del abandono.	
399 ¿El tercer adquirente de un predio enfiteutico puede abandonar? ¿Lo puede hacer el enfiteuta?.....	561
§ III. Del abuso de goce.	
400 En qué casos hay lugar á la caducidad. ¿Puede el enfiteuta impedir la caducidad, aun después de pronunciado el fallo?.....	564
401 ¿Quid si hay una cláusula resolutoria expresa?.....	565
402 ¿El propietario puede pedir la caducidad contra los terceros adquirentes de la enfiteusis por abusos cometidos por el enfiteuta?.....	565
§ IV. De la pérdida del predio.	
403 La enfiteusis se extingue por la pérdida total de la cora... 566	566
404 ¿Quid si la pérdida es parcial? ¿El enfiteuta estará obligado á pagar toda la renta? ¿Debe reedificar?.....	567
§ V. De la espiración del plazo.	
405 La enfiteusis expira con el plazo para el cual se contrata. ¿Hay reconducción tácita? ¿Las partes pueden estipular que haya reconducción tácita?.....	567

	Págs.
406 ¿Quién debe rendir la prueba de que el arrendamiento ha expirado, el propietario ó el enfiteuta?.....	569

§ VI. De los otros casos de extinción.

407 ¿En qué casos la enfiteusis se extingue por prescripción?...	569
408 ¿Cómo se norma la indemnización del enfiteuta en caso de expropiación por causa de utilidad pública?.....	570

TITULO VI.—DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

CAPITULO I.—Nociones generales.

§ I. Definición.

409 Definición del derecho de superficie. ¿El superficiario es propietario de los edificios y plantaciones? Derecho romano. Doctrina de Doneau.....	572
410 Derecho francés. Doctrina de Proudhon. Refutación de esta teoría.....	574
411 ¿La ley de 1824 da al superficiario un derecho de propiedad en la cosa?.....	576

§ II. Caracteres del derecho de superficie.

412 ¿Cuáles son los caracteres esenciales del derecho de superficie?.....	579
413 ¿Qué diferencia hay entre el derecho de enfiteusis y el derecho de superficie?.....	580
414 ¿Qué diferencia hay entre el derecho de superficie y el usufructo?.....	581

CAPITULO II.—Cómo se establece el derecho de superficie.

415 ¿Quién puede establecer el derecho de superficie? ¿Quién puede adquirirlo?.....	584
416 ¿Sobre qué bienes puede constituirse?.....	584
417 ¿Con qué título? ¿a título gratuito? ¿por arrendamiento? ¿venta? ¿Debe registrarse el título constitutivo? ¿debe constar por escrito?.....	585
418 ¿El derecho de superficie puede adquirirse por usucapión?.....	587

CAPITULO III.—Derechos y obligaciones

del superficiario.

§ I. Derechos.

Núm. 1. Derecho de disposición.

419 El superficiario tiene las acciones posesorias y las acciones cuasi-reales.....	589
420 Puede enagenar ó hipotecar, no la superficie, pero sí el derecho de superficie. Puede gravar los bienes con servidumbres.....	590
421 Transmite su derecho á sus herederos. Toda transmisión.....	

	Págs.
del derecho de superficie tiene sobre sí el derecho proporcional.....	592

Núm. 2. Derecho de goce.

422 El superficiario tiene en principio el derecho de usar y de abusar. Restricción que recibe este derecho, según la ley de 1824.....	592
423 Tiene todos los frutos y productos de la cosa. ¿Quid de las minas?.....	594
424 ¿Tiene derecho á una rebaja por pérdida de goce?.....	594

§ II. Cargas.

425 ¿El superficiario está obligado á las reparaciones?.....	595
426 ¿Está obligado á los impuestos y demás gravámenes que la ley hace pesar sobre el enfiteuta?.....	596

CAPITULO IV.—Derechos y obligaciones del propietario.

427 El propietario puede enagenar, hipotecar el fundo. Tiene las acciones reales directas.....	597
428 ¿El propietario tiene un derecho de goce?.....	598
429 ¿El propietario tiene obligaciones ó cargos?.....	599

CAPITULO V.—Extinción del derecho de superficie.

430 El derecho se extingue por la expiración del tiempo para el cual se concedió. No hay lugar á tácita reconducción.....	600
431 El derecho se extingue por la pérdida de la cosa. ¿Revive si se reconstruye el edificio?.....	601
432 Se extingue por la confusión, por la resolución ó la anulación de los derechos del propietario ó del superficiario, por la inejecución de las obligaciones del superficiario.....	603
433 El derecho de superficie se extingue por la prescripción de treinta años. ¿Es ésta la aplicación adquisitiva ó la extintiva?.....	604

Observación general.

434 ¿Cuál es el efecto de los contratos que operan una división de propiedad en establecer un derecho de superficie propiamente dicho? ¿Pueden celebrarse á perpetuidad?.....	606
---	-----

LIBRO III.—De las diferentes maneras de adquirir la propiedad.

Disposiciones generales.

435 Algunos reproches que se hacen á la clasificación del libro tercero.....	609
436 ¿Cuáles son los modos de adquirir y transmitir la propiedad? ¿Quid de la ley? ¿Es verdad que los muebles sólo se ad.....	

	Págs.
quieren por la tradición?.....	610
437 ¿La ocupación es también un modo de adquirir la propiedad, y en qué sentido?.....	610

TITULO I.—De la ocupación.

438 ¿Cuáles son las diversas especies de ocupación?.....	614
--	-----

CAPITULO I.—De la caza.

439 De la caza considerada bajo el punto de vista de la policía. Remisión á las leyes especiales.....	615
440 ¿Qué se entiende por "pieza de caza"? ¿Quid de los pichones? ¿Cuándo puede el propietario del terreno ocupar los enjambres que caen sobre éste?.....	616
441 ¿Cuándo la pieza de caza se vuelve propiedad del cazador?.....	617
442 ¿Quid si la pieza es herida?.....	618
443 ¿Quid si el cazador mata la pieza en un terreno en donde no tiene el derecho de cazar?.....	622
444 ¿El propietario del terreno en donde se refugia el animal perseguido tiene derecho á apoderarse de éste?.....	620

CAPITULO II.—De la pesca.

445 Remisión á las leyes especiales que rigen la policía de la pesca.....	622
446 ¿El que pesca sin derecho se hace propietario de lo que ha pescado?.....	620

CAPITULO III.—De la invención.

§ I. Del tesoro.

Núm. 1. A quién pertenece el tesoro.

447 ¿Por qué la ley atribuye una parte del tesoro al propietario del predio?.....	625
448 ¿Quién es propietario? ¿Quid de los que tienen un derecho real en el predio? ¿Quid del que compra un edificio para derribarlo?.....	625
449 ¿Quién es inventor? ¿Quid si un tercero hace excavaciones sin el consentimiento del propietario del predio?.....	626
450 ¿Quid si un obrero descubre el tesoro? ¿Quid si el propietario busca un tesoro?.....	627
451 ¿Se necesita que el inventor se apodere materialmente de la cosa? ¿Quid si varios obreros trabajan en un predio y uno de ellos descubre un tesoro?.....	628
452 ¿Quid si el inventor oculta su hallazgo? ¿Cuál es la duración de la acción que contra él tiene el propietario? ¿El inventor se verá privado de su parte en el tesoro?.....	629

Núm. 2. ¿Cuándo hay tesoro?

453 ¿Se aplican las reglas sobre el tesoro al caso en que la cosa	
---	--

	Págs.
no estaba escondida ó enterrada? y al caso en que estaba oculta en un mueble?.....	630
454 ¿Toda cosa escondida ó enterrada es un tesoro? ¿Quid de los sepulcros y de las cosas preciosas que en ellos se encuentran?.....	631
455 ¿Se necesita que el depósito sea antiguo?.....	632
456 ¿Quid si alguno puede justificar su propiedad? ¿Cuál es la duración de su acción contra el inventor y los terceros adquirentes? ¿Qué prueba puede él administrar?.....	633
457 ¿Quid si la cosa no se descubre por puro efecto de la casualidad?.....	634

§ II. De las cosas que no tienen dueño.

458 Las conchas y piedras que se encuentran á orillas del mar ó de los ríos, pertenecen al primero que las ocupa?.....	635
459 ¿Las cosas que son producto del mar se vuelven propiedad del primero que las ocupa? ¿Quid de las plantas y yerbas conocidas con el nombre de <i>varzech</i> ?.....	637
460 ¿Quid de las cosas abandonadas? y de los efectos echados al mar ó desechados por éste?.....	638

§ III. De las cosas perdidas.

461 ¿Qué se entiende por cosas perdidas? ¿El propietario del terreno en el cual se encuentran tiene derecho á ellas?.....	640
462 ¿Pertenecen al Estado?.....	642
463 ¿Pertenecen al inventor? ¿Cuándo y en virtud de qué principio el que se ha hallado una cosa adquiere la propiedad de ella?.....	643
464 ¿El que se encuentra una cosa debe rendir su declaración á la oficina de policía, cuando hay un reglamento comunal que lo prescriba?.....	643
465 El hecho de apoderarse de una cosa hallada, con la intención de apropiársela, constituye un robo?.....	644
466 ¿Cuál es la duración de la acción que el dueño tiene contra el inventor y contra el tercer poseedor de la cosa hallada?.....	644
467 Leyes especiales concernientes á ciertos objetos hallados,...	645

TITULO II.—De las sucesiones.

Introducción.

CAPITULO I.—¿Las sucesiones son de derecho natural?

468 ¿Por qué los intérpretes de una ley positiva se ocupan del derecho natural?.....	646
469 Doctrina de Chabot y de Simeón sobre el derecho de sucesión.....	647

	Págs.
470 Refutación de esta doctrina que descansa en el pretendido estado de naturaleza	648
471 Consecuencia peligrosa que resulta, Doctrina de Montesquieu.....	649
472 ¿E qué viene á parar Mirabeau y Babeuf?.....	650
473 La justificación de la propiedad es la justificación del derecho de sucesión.....	651
474 La sucesión es de derecho natural. Teoría de Domat.....	653
475 Esta teoría es la de los autores del código civil. Discurso de Portalis.....	656
476 Conclusión: la sucesión es de derecho natural. ¿Dentro de qué límites?.....	659
 CAPITULO II.—De la sucesión legítima y testamentaria.	
477 En el lenguaje del código, no hay más que una especie de sucesión, la que difiere en virtud de la ley; no hay sucesión testamentaria ni contractual.....	663
478 Este es el lenguaje y la teoría del derecho consuetudinario.....	664
479 Esta teoría es, salvo algunas derogaciones, la del código civil.....	666
480 La sucesión diferida por la ley es la regla, la sucesión testamentaria, la excepción.....	668
481 Tal es también el sentido de la doctrina de Grotius, según la cual la sucesión <i>ab intestato</i> es el testamento presumible del difunto.....	670
482 ¿Es esa también la teoría del derecho romano.....	672
483 La teoría romana apreciada por Domat.....	673
484 ¿Cuál es la teoría del código civil?.....	676
 CAPITULO III.—La sucesión romana y la sucesión consuetudinaria.	
485 De los dos sistemas de sucesión que regían en la antigua Francia.....	680
§ I. El sistema romano.	
486 Principios en que descansa la Novela 118 de Justiniano....	680
487 El derecho romano no da ninguna satisfacción al interés de las familias.....	681
§ II. El sistema consuetudinario.	
Núm. 1. El principio.	
I. Los derechos de la familia	
488 Del orden de los descendientes.....	682
489 De la regla <i>paterna paternis, materna maternis</i>	682
490 De la regla que los propios no se remontan.....	683

	Págs.
491 De la sucesión á los muebles y bienes adquiridos.....	684
II. Los privilegios.	
492 De los nobles y plebeyos. De los bienes nobles y de los bienes plebeyos. Del derecho de primogenitura. Variedad infinita de las sucesiones.....	685
493 De la exclusión de las hijas mediante una dote.....	686
494 De las substituciones fideicomisarias perpetuas.....	686
Núm. 2. Apreciación.	
I. De la co-propiedad de familia.	
495 La sucesión consuetudinaria descansa en la idea de una co-propiedad de familia.....	687
496 En el antiguo derecho consuetudinario, la co-propiedad de familia se manifestaba desde que vivía el poseedor actual.....	689
497 De aquí dimanau las reglas que distinguen la sucesión consuetudinaria.....	690
II. De los privilegios.	
498 ¿Cuál es el origen de las reglas que distinguen la sucesión consuetudinaria, notablemente los privilegios?.....	692
499 El derecho de primogenitura tenía su razón de ser en el régimen feudal y bajo el imperio de la monarquía aristocrática de la antigua Francia.....	693
500 De la exclusión de las mujeres. Su origen. Por qué se veía con favor en el antiguo derecho.....	695
CAPITULO IV.—Legislación revolucionaria.	
§ I. La igualdad.	
501 Abolición de los derechos de primogenitura y de masculinidad.....	698
502 Igualdad en la partición. Testamento político de Mirabeau.....	699
503 Abolición de las devoluciones consuetudinarias.....	701
§ II. La ley de nívoso.	
504 Abolición del retracto de linaje. Motivo dado por Merlin.....	701
505 Ley de 17 nívoso, año II. Abolición de la regla <i>paterna paternis</i> . División por líneas. Transacción entre el derecho romano y las costumbres.....	702
506 Restricciones á la facultad de testar.....	704
507 De la representación hasta el infinito. Reproche que se ha hecho á la ley de nívoso.....	706
CAPITULO V.—El código civil.	
508 Proposición de Cambacéres para el restablecimiento de la regla <i>paterna paternis</i> . Motivos en pro y en contra. Crítica del sistema de transacción tomado de la ley de nívoso.....	708

	Págs.
509 Contestación á las objeciones que se hacen al sistema consuetudinario	710
510 ¿El código tiene un principio en materia de sucesión?...	712
TITULO II.—DE LAS SUCESIONES.	
CAPITULO I.—De la apertura de las sucesiones.	
<i>Sección I.—¿Cuándo se abren?</i>	
511 ¿La sucesión se abre en el momento de la muerte del difunto?	714
§ I. Prueba de la muerte.	
Núm. I. El derecho común.	
512 La muerte se prueba por el acta de defunción. ¿Quid del instante preciso de la muerte?	715
513 ¿Quid si la muerte tiene lugar en un acontecimiento que no permite que se haga constar regularmente el fallecimiento?	716
Núm. 2. De los que mueren juntos.	
514 ¿En qué caso se presenta la cuestión de los co-fallecidos?... ..	717
515 ¿La prueba del fallecimiento se hace, desde luego, según el derecho común, por testigos ó por presunciones del hombre?	718
516 A falta de prueba directa, se aplican las presunciones establecidas por la ley	720
517 ¿Había necesidad de establecer presunciones de supervivencia? ¿La justicia exige que las haya?	722
518 ¿Pueden extenderse, por vía de analogía, las presunciones de los arts. 721 y 722?	724
519 ¿Principalmente á las hipótesis en que los co-fallecidos son llamados á la sucesión uno de otro, pero sin que se hallen en las condiciones de edad y de sexo determinadas por la ley?	725
520 ¿Se pueden aplicar las presunciones cuando los co-fallecidos no son llamados á la sucesión uno de otro?	727
521 ¿Quid si to perecen en el mismo suceso?	727
522 ¿Las presunciones se aplican á las sucesiones testamentarias y contractuales?	728
523 ¿Quién puede invocar las presunciones de supervivencia? ..	730
<i>Sección II.—¿En dónde se abren las sucesiones?</i>	
524 La sucesión se abre en el domicilio del difunto. ¿Cuál es este domicilio si el difunto es francés residente en el extranjero, ó extranjero residente en Francia?	731

	Págs.
525 ¿Ante qué tribunal deben llevarse las acciones de los herederos antes y después de la partición?	732
526 Aplicación del principio al caso en que los co-partícipes han dejado inmuebles indivisos. ¿Quid si un tercero intenta contra ellos una acción de petición de herencia?	734
527 ¿Ante qué tribunal deben llevarse las demandas de los acreedores?	735
528 ¿Quid si hay un domicilio elegido? ¿Quid si no hay más que un solo heredero?	735
529 ¿Quid de las demandas de entrega de legados?	736
CAPITULO II.—De las calidades que se requieren para suceder.	
530 ¿Cuáles son las calidades que se requieren para suceder? ..	738
531 ¿Las causas de incapacidad y de indignidad se aplican á todos los sucesores?	739
532 ¿Quién puede prevalecer de ellas? ¿Un dador?	739
<i>Sección I. De las personas incapaces para suceder.</i>	
533 ¿Cuáles son las personas incapaces para suceder?	740
534 ¿Quid de los religiosos?	741
§ I. De los que no existen.	
Núm. I. Del hijo no concebido.	
I. Principio.	
535 El hijo no concebido al abrirse la herencia, es incapaz de suceder	742
536 El hijo concebido en aquel momento puede suceder	743
II. Prueba de la concepción.	
537 ¿El hijo puede probar la época de su concepción invocando las presunciones establecidas en el título de la <i>Paternidad</i> ? Jurisprudencia	744
538 Crítica de la jurisprudencia. Las presunciones establecidas en materia de legitimidad no pueden extenderse á las sucesiones	747
539 Distinción hecha por los autores. En qué casos permiten que el hijo invoque las presunciones establecidas en materia de legitimidad	750
540 En qué casos no permiten que el hijo invoque dichas presunciones. ¿Cómo probará, en este caso, el momento de su concepción? Crítica de esta doctrina	752
Núm. 2. Del hijo muerto al nacer.	
541 El hijo que muere al nacer es incapaz de suceder	754

	Págs.
542 Aplicación del principio: ¿ <i>Quid</i> si el hijo ha vivido unos instantes?	775
543 ¿Quién debe probar que el hijo ha vivido? ¿La vida se presume?	756
544 ¿Cómo se rinde la prueba de la vida?	757
Núm. 3. Del hijo que no es viable.	
545 ¿Qué se entiende por viabilidad? ¿Qué diferencia hay entre la viabilidad y la vida?	758
546 ¿Por qué el hijo que no es viable no sucede? Doctrina de Bomat y de Savigny	759
547 ¿Quién debe probar la no-viabilidad?	760
548 ¿Cómo se prueba? ¿por presunciones?	762
§ II. De los extranjeros.	
Núm. 1. El antiguo derecho y la nueva legislación.	
249 Del derecho anterior á la revolución francesa	763
550 Abolición del derecho del fisco regio por la Asamblea constituyente. El código civil establece el principio de la reciprocidad	764
551 La ley francesa de 14 de Julio de 1819 abolió la incapacidad que pesaba sobre el extranjero y lo asimiló con el francés	767
552 Leyes francesas de 20 de Mayo de 1837 y de 27 de Abril de 1865	768
553 El extranjero se asimila al belga; sucede según el código Napoleón y no según la ley pe su nación	769
Núm. 2. Disposición excepcional de la ley de 1865.	
554 Objeto de esta disposición. Motivos que la justifican	770
I. En qué casos hay lugar á la previa separación.	
555 ¿Hay lugar á la previa separación cuando los belgas están excluidos en virtud de una disposición que es común á los extranjeros?	771
556 ¿ <i>Quid</i> si el heredero belga es excluido en una disposición encadenada del difunto?	772
557 ¿ <i>Quid</i> si el heredero belga, donatario por mejora, no puede pedir la ejecución de la donación en el extranjero á causa de un vicio de forma?	775
558 ¿Los herederos extranjeros pueden ejercer la previa separación sobre los bienes situados en Bélgica?	776
559 ¿Hay lugar á la previa separación cuando todos los herederos son belgas?	776

	Págs.
II. ¿En qué sucesiones se ejerce la previa separación?	
560 Se ejercen las sucesiones puramente inmobiliarias	778
561 En qué sentido se ejerce en las puramente mobiliarias	779
562 Aplicación del principio á la porción viudal del derecho consuetudinario	780
563 ¿ <i>Quid</i> si la sucesión es en parte mobiliaria y en parte inmobiliaria?	781
III. Cómo se ejerce la previa separación.	
564 Formación de la masa sobre la cual se ejerce la previa separación	782
565 ¿ <i>Quid</i> si entre los herederos extranjeros los hay que están igualmente excluidos por la ley extranjera? ¿La previa separación se hará sobre su porción?	782
566 ¿Los co-herederos extranjeros pueden, en este caso, tomar parte en la previa separación?	783
IV. Competencia.	
567 Los tribunales belgas son competentes para conocer de la previa separación autorizada por la ley de 1865 sobre los bienes situados en Bélgica	784
568 ¿ <i>Quid</i> si la sucesión de un extranjero sin dejar herederos belgas se abre en el extranjero? ¿Hay que distinguir entre los muebles y los inmuebles?	784

