



BIBLIOTECA

KM19

F8

L31

V. 8



3A-1 1933 ADE...

1933

## 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 había una de esas presunciones del hombre, porque la ley las abandona á la prudencia del magistrado (2). Esto mismo es ir demasiado lejos, no puede decirse "a priori" que en tal caso hay presunción del hombre, puesto que todo depende en la apreciación de los hechos de la causa. Y aun cuando exista una de esas presunciones, debe agregarse que el juez no puede fundar en ella su decisión sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial: ésta es la disposición formal del artículo 1353.

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

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

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

3 Proudhon, "Tratado de los derechos de uso," edición de Curasson, t. 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 1º de Agosto de 1827 (art. 175). Sentencia de Rennes, de 14 de Junio de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 636). Sentencias de denegada apelación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 89), y de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 233).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Esta es la opinión general, salvo el 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, 198).

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

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

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

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

Se ha suscitado otra duda que no es seria. Si en un seto se encuentra un árbol de alto tronco ¿deberá 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 ribereños se repunta 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 ageno. ¿Qué es, pues, lo que hace al plantar sin observar la distancia legal? Impone una restricción á la propiedad de su vecino; si éste permite dicha restricción durante treinta años, su heredad queda gravada con una servidumbre. Luego hay prescripción adquisitiva si los árboles permanecen durante treinta años sin que el vecino pida que se arranquen.

Siendo adquisitiva la prescripción, la posesión es su base. 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. (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).