

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 pasagera, 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, dicese, 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, tít. I, pág. 788, nota.

adquieran 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 a 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 Duranton, 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, Duranton, 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, dícese, 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. 1º, p. 437, núm. 397; Demolombe, t. 11, p. 570, número 506; Aubry y Rau, t. 2º, 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. 2º, 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 unáni-

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. 2º, p. 217, nota 27 y las autoridades que citan.

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

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

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 cuelgan. 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. Ciertamente 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-