

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 OBRÁ 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

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 continuadamente. 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 difiniciones 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°, 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 ánuá. 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. Ciertamente 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 enardecen 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 descende 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 de la cuestión.

134. Una municipalidad está en posesión, desde tiempo inmemorial, 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).