

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

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

Núm. 1. Definición.

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

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

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

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

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

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

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

*Núm. 2. Aplicación.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

da indicaba que las aguas fuesen transmitidas por estos canales á los predios del vecino (1).

141. Una servidumbre de toma de agua se ejerce por medio de una vertiente. Es continua, pero en un caso que se presentó á la corte de casación, se había fallado que no era aparente. Las primeras diligencias comprobaban que la compuerta se componía de tres tablas aisladas que se colocaban á mano de hombre, unas veces dos, otras tres; cuando no funcionaban, yacían tiradas en la calzada. De que se empleasen ora dos, ora tres tablas, dice la sentencia de casación, no puede concluirse nada contra la apariencia de servidumbre; todo lo que de aquí resultaba, es que había un reflejo más ó menos considerable del agua según las necesidades de la fábrica en cuyo provecho se ejercía la toma de agua. No por esto dejaba de haber un canal vertiente, que se manifestaba por trabajos exteriores que ninguna duda dejaban acerca de su destino; lo que era suficiente para constituir la apariencia exigida por la ley (2).

142. ¿La servidumbre de inundación ó de sumersión puede adquirirse por prescripción? Ella es continua, supuesto que se ejerce sin el hecho actual del hombre; para que sea aparente, se necesita que haya obras exteriores que tengan por objeto el ejercicio mismo de la servidumbre. Así fué resuelto por la corte de Montpellier contra la compañía del canal del Mediodía (3). Esta reclamaba la servidumbre como por haberla adquirido por la prescripción; no invocaba otro signo que indicase la existen-

1 Sentencia de Poitiers, de 4 de Mayo de 1864, confirmada por otra de denegada apelación, de 19 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 478).

2 Sentencia de casación, de 24 de Enero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 79).

3 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Junio de 1852 (Daloz, 1854, 1, 154).

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

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

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

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

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Duranton, t. 5º, p. 526, núm. 497. Aubry y Rau, t. 3º, p. 68 y notas 14 y 15.

2 Demolombe, t. 12, p. 227, núm. 722. Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 68, nota 14.

servidumbres por el hecho del hombre: el título, la posesión de treinta años y el destino del padre de familia (artículos 690 y 692). ¿Existe un cuarto modo? Pardessus dice que el juez cría á veces y constituye servidumbres que todavía no existían (1). Pero las explicaciones en que entra prueban que la verdad es que las servidumbres no se establecen por fallo judicial, resultan de un consentimiento voluntario ó forzado que el juez no tiene más que hacer constar conforme á los principios que rigen las servidumbres así como la misión del poder judicial, y en esto no cabe la menor duda. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad, y por esto es de principio, como vamos á decirlo, que las servidumbres no pueden establecerse sino por el propietario que tiene la capacidad de enagenar. Hay que preguntar si los tribunales son propietarios ó si la ley les confiere el derecho de enagenar en todo ó en parte las heredades de los particulares. Se opera una partición judicial. A causa de la composición de los lotes, sucede que uno de los predios queda enclavado; los peritos proponen que se establezca un paso por el predio ribereño de la vía pública. ¿Es esta una servidumbre judicial? Nó, porque la partición que se hace judicialmente es un contrato judicial que implica un concurso de voluntades, y por lo tanto, la servidumbre es convencional. Lo mismo sería si una escritura de partición extrajudicial no hiciera niuguna mención de un paso en provecho del lote enclavado, no por ello el propietario dejaría de tener el derecho de reclamar un paso; al concederlo el tribunal no constituiría una servidumbre, no haría más que reconocer y hacer constar la voluntad de las partes contratantes (2).

1 Pardessus, t. 2º, p. 65, núm. 273. Ducaurroy, Bonnier y Rousset, t. 2º, p. 232, núm. 346.

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