

legislación es obra de ésta, y por consiguiente, del Tribunalado, que á dictamen de Albisson, emite un voto de aceptación; así, pues, esta interpretación tiene á su favor la autoridad de uno de los cuerpos que, bajo la constitución del año VIII, tomaban una parte activa en la codificación. Sin duda que esto es decisivo; Albisson y el Tribunalado al seguirlo pudieron haberse equivocado. Luego debe verse si esta interpretación es contraria, como se pretende, al texto y al espíritu de la ley.

En cuanto al texto, se hace á un lado la interpretación de Albisson por una especie de excepción de no recibir. Si el art. 594, dicen, tuviera el sentido que le atribuye el relator del Tribunalado, habría debido ser puesto á continuación del art. 705, que trata de la *extinción* de las servidumbres por la confusión, disposición que en la opinión del Tribunalado derogaría el art. 694; siendo así que este artículo está colocado en la sección que se ocupa del "establecimiento" de las servidumbres. Se pretende que esto prueba que la interpretación es errónea. Contestamos que la objeción, suponiéndola fundada, no probaría más que un defecto de clasificación, como hay más de uno en el código. ¿Pero realmente es cierto que el art. 694 sea enteramente extraño á la materia del establecimiento de las servidumbres por destino del padre de familia? La servidumbre estaba extinguida y revive. Ahora bien, un derecho que renace después de haber estado extinguido, es un derecho que se establece, ¿y de qué manera se establece? Por una razón que tiene la analogía más grande con lo que se llama destino. Había una servidumbre de paso, que se extingue por confusión; pero el propietario de los dos predios mantiene el paso, conserva la puerta que anuncia la existencia del servicio que uno de los predios continúa prestando al otro; ¿no es esto un verdadero destino? Únicamente falta una de las condiciones del destino ordina-

rio: la servidumbre es discontinua, luego se necesitaba, si se quería que la servidumbre naciese de esta especie de destino, que el legislador lo decidiera, y la disposición que lo decide tenía su sitio natural á continuación de los arts. 692 y 693, á los cuales, en mi concepto, deroga, puesto que admite que se establezca una servidumbre, por consentimiento tácito, en razón de un destino y sin que la servidumbre sea continua.

Veamos ahora si la interpretación de Albisson es divinatoria, y sin ningún apoyo tiene en el texto ni en los principios. El art. 694 comienza por decir que dos heredades se hallan en manos de un mismo propietario, y que existe entre ellas un "signo aparenta de servidumbre." ¿Qué quiere decir esto? No hay servidumbre actual, supuesto que *res sua nemini servit*. Luego si existe un "signo aparenta de servidumbre," este signo marca que ha habido una servidumbre, que por el momento está extinguida de derecho. El artículo continúa y dice que el propietario dispone de una de las heredades; se levanta una acta, y el contrato, dice el art. 694, no contiene ningún "convenio relativo á la servidumbre. ¡Otra vez este término característico de *servidumbre!* ¿Por qué el contrato habría hablado de servidumbre? Porque existía una que se extinguió por confusión, y se trata de saber si la voluntad de las partes es hacerla revivir. Si tal es su voluntad, precisa que la expliquen, precisa que digan que su intención es mantener la servidumbre; en este concepto se necesita "un convenio relativo á la servidumbre." Pero ¿qué se resolverá si el contrato guarda silencio, si no hay en él ninguna cláusula concerniente á la servidumbre? Ella *continúa*, no obstante, existiendo, dice la ley, si hay un signo aparenta de servidumbre entre las dos heredades. El art. 694 no dice que una servidumbre está *establecida*, no dice que la servidumbre *revive*, ella *existía y continúa existiendo*. Esta expresión

enérgica marca bien que no se trata del establecimiento de una nueva servidumbre, de una servidumbre que nunca ha existido; había una servidumbre, *existía y continúa existiendo*, con tal que haya un *signo aparente* que la anuncie. Esta es ciertamente la hipótesis de Albisson; está escrita en nuestro código; el relator del Tribunado no la ha imaginado, no ha hecho más que explicarla: su explicación no es más que el texto parafraseado.

Aquí se nos detiene para decirnos que no podemos prevalernos del texto, que la expresión *continúa existiendo*, es inexacta; que según nuestra opinión, la servidumbre, que se supone haber existido, está extinguida por confusión; luego no puede decirse que la servidumbre *continúa*, sino que habría debido decirse que revive. A nuestro juicio, la expresión de que se sirve el art. 694 es muy jurídica. La confusión es una manera de extinción de todo género de derechos, personales ó reales; pero tiene de particular que la extinción se funda únicamente en la imposibilidad de ejercer el derecho, porque el acreedor ha venido á ser deudor ó el deudor ha venido á ser acreedor; en realidad, el derecho subsiste, nada más que no se puede perseguir su ejecución. Si tal es el efecto de la confusión en materia de obligaciones, tal también debe ser su efecto en materia de servidumbre, porque aquí también hay un predio que debe la servidumbre y un predio al que se debe, hay un predio deudor, tal es la expresión del código, luego hay también un predio acreedor; el predio acreedor no puede ejercer su derecho, supuesto que el predio deudor pertenece al mismo propietario, y las dos heredades no forman ya más que una sola y misma propiedad, que á la vez es deudora y acreedora. Luego si la servidumbre se extingue, es únicamente porque su ejercicio se vuelve imposible; en realidad, ella subsiste y *continúa*, como lo dice el art. 694, si desaparece el obstáculo que impedía ejercerla. Así, pues,

el texto confirma plenamente la interpretación de Albisson, y la decisión del código se halla justificada por los principios generales de derecho.

Nó, se dice, añadís á la ley una condición que no se encuentra en ella, dicen los eruditos intérpretes de Zachariæ, los cuales, en esta cuestión, han abandonado la opinión de su autor. En efecto, obligáis al que invoca el art. 694 á que produzca el título por el cual la servidumbre se constituyó originariamente, siendo así que la ley no pone á un cargo más que una prueba, la de la existencia de un signo aparente de servidumbre (1). De antemano hemos contestado á la objeción; si es cierto que el art. 694 prevee el caso de una servidumbre extinguida por confusión, se necesita naturalmente que el que pretende que ella *continúa existiendo* pruebe que ha *existido*. Así, pues, la necesidad de la prueba resulta de los términos mismos de la ley, si se interpreta tal como lo hace el relator del Tribunado. Se pretende que el espíritu de la ley se opone á ello; los que combaten nuestra opinión nos desafían á que demos un motivo razonable de la diferencia que el legislador habría establecido entre el caso en que el destino resulta de la existencia de una servidumbre anterior, extinguida pero mantenida de hecho, y el caso de un destino establecido por el propietario de ambos predios. En este último caso, el art. 692 exige que la servidumbre sea continua y aparente; de suerte que un paso, por más que se haya practicado cuando los dos predios estaban en poder del mismo dueño, por más que se anuncie por una obra exterior, no se establecerá sino por destino en el momento en que las dos heredades queden separadas. Mientras que este mismo paso vendrá á ser una servidumbre, si antes de la reunión de los dos predios había sido practicado á título de servidumbre. ¿En dónde está la razón de esta diferencia

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 87, nota 9.

tan considerable? ¿No es evidente, dicen, que los dos casos son en el fondo, absolutamente idénticos? ¿Por qué, pues, aplicarles reglas diferentes? "Jamás habrá alguien que logre dar la justificación de semejante distinción (1)." Creo que hemos contestado el reto. Las dos hipótesis son enteramente diferentes; en la una, la del verdadero destino del padre de familia (art. 692), se trata de *establecer* una servidumbre que *jamás ha existido*; para crearla, el legislador no puede fundarse sino en la voluntad tácita de las partes contrayentes, esta voluntad es dudosa cuando la servidumbre, aunque aparente, es discontinua, por lo mismo no se podía admitir que la servidumbre se estableciese por destino. En la otra hipótesis, la servidumbre ha *existido*, ha sido practicada, luego había motivos serios para establecerla; ya no puede suponerse la tolerancia, la buena vecindad, supuesto que el servicio se ha hecho á título de derecho riguroso. La utilidad que ha hecho que se constituya la servidumbre, la ha hecho también mantener mientras que los predios están reunidos en una misma mano. Después las dos heredades se separan, hay un signo aparente de esa servidumbre, necesaria ó útil. Cesando la causa que hacía imposible el ejercicio de la servidumbre, la confusión, ¿no debe decirse que la servidumbre recobra su curso, que *continúa existiendo*, como lo dice el artículo 694? No habrá más que un solo motivo para dudar: ¿acaso el comprador tiene conocimiento de la servidumbre? Si la ignora ¿puede haber una servidumbre á su cargo ó á su favor sin que lo sepa, sin que lo quiera? Por esto es que la ley exige un signo aparente de servidumbre en el silencio del contrato.

185. Como la opinión contraria tiene á su favor la ju-

1 Estas son palabras de Mourlon (t. 1^o, p. 812) que no hace más que repetir lo que dicen Demante y Demolombe.

risprudencia constante de las cortes de Francia y la autoridad de jurisconsultos de consideración, debemos darla á conocer, salvo el exponer nuestras objeciones. Ella admite que el art. 694 prevee un caso del destino del padre de familia, es decir, un caso en que la servidumbre está establecida por destino, pues á diferencia del caso general del art. 692, que la servidumbre sea á la vez continua y aparente, el art. 694 se conforma con un signo aparente de servidumbre. Queda por precisar el caso en que la disposición especial del art. 694 deba prevalecer sobre la disposición general del art. 692. No basta con un signo aparente, si bastase, el art. 694 haría más que derogar el 692, lo aboliría, supuesto que éste no admite el destino para las servidumbres discontinuas, aunque aparentes, mientras que el art. 694 admitiría el destino para las servidumbres discontinuas, desde el momento en que fueren aparentes. El art. 694 exige una condición para que una servidumbre aparente, aunque discontinua, se establezca por destino, y es que la separación de las dos heredades se haya hecho en virtud de un contrato y que éste no tenga ningún convenio relativo á la servidumbre. Así, pues, en el silencio del título combinado con el signo aparente de servidumbre que existe en uno de los predios, es en donde debe buscarse la causa del establecimiento de la servidumbre. Sigue de aquí que el que pretende la servidumbre debe representar el título en cuya virtud se ha operado la división de los herederos. La diferencia entre el caso del art. 692 y el del 694 es, pues, esta: cuando no hay título, es decir, escrito, ya no se está en el caso de la excepción establecida por el art. 694; se vuelve, por consiguiente, á la regla del art. 692; será preciso que la servidumbre sea continua y aparente. Cuando, al contrario, hay un título y éste guarda silencio acerca de la servi-

dumbre, ésta nacerá del destino del padre de familia, con tal que haya un signo aparente que la anuncie (1).

El grande argumento, el único que la corte de casación invoca en favor de esta interpretación, es el texto del artículo 694, y no habría necesidad de otro si el texto fuese tan claro como se pretende. Pero cuando se han formado cinco opiniones acerca del sentido de una ley, claro es que ésta no debe ser de una claridad muy patente. En la opinión consagrada por la jurisprudencia se fijan exclusivamente en estas frases del art. 694: "entre los cuales existe un signo aparente de servidumbre." Hé aquí, se dice, todo lo que la ley exige, si por lo demás el título guarda silencio: exigir más es salirse de los términos de la ley, es hacerla. Esta explicación del art. 694 no tiene para nada en cuenta todo lo demás de la exposición, ni de la expresión repetida de *servidumbre* de la que existe un signo aparente, ni de la expresión *continúa existiendo*, que implica que se trata de una antigua servidumbre que revive. No hay una sola palabra en el texto que indique el establecimiento de una servidumbre nueva; todos los términos de que se sirve la ley suponen la existencia actual de una servidumbre y su continuación, mientras que en la opinión general lo que se establece es una servidumbre

1 Demante, t. 2º, p. 645, núm. 549 bis. Dacanroy, Bonnier y Roustain, p. 240, núm. 354. Demolombe, t. 12, p. 344, núm. 821; Aubry y Rau, t. 3º, ps. 87 y siguientes, y nota a. La jurisprudencia se halla en este sentido; pero las sentencias, incluso las de la corte de casación, están débilmente motivadas; sólo citamos las mejores. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1837 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1021, 1º; de 8 de Junio de 1842 de la sala civil (*ibid.*, núm. 1022, p. 272), y de casación de 30 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17). Douai, 1º de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1021, 1º). Las cortes de Bélgica juzgan en el mismo sentido, salvo la sentencia de Bruselas que antes hemos citado. Bruselas, 11 de Julio de 1838, 16 de Abril de 1845, 13 de Agosto de 1858 y 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 205, 1845, 2, 116; 1858, 2, 327, y 1859, 2, 246); Gante, 11 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 48) y Lieja, 19 de Abril de 1845 y 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 303; 1870, 2, 283).

nueva, esta servidumbre se funda en un destino especial que deroga al destino general, tal como está definido por los arts. 692 y 693. La cuestión es, pues, esta: ¿cuáles son los motivos por los cuales, después de haber exigido en el art. 692 la doble condición de la continuidad y de la apariencia para que las servidumbres se establezcan por destino, el legislador se conforma con la apariencia en el caso previsto por el art. 694? Siendo dudoso el texto, es imposible negarlo, y la dificultad tiene que resolverse por el espíritu de la ley.

¿Existen razones que justifiquen la derogación que, en la opinión consagrada por la jurisprudencia, el art. 694 impone al 692? Débese, desde luego, precisar bien en qué consiste la derogación. Entre dos heredades que pertenecen al mismo propietario existe una puerta, signo aparente de un servicio que uno de los predios presta al otro. Los dos predios están divididos. ¿Nacerá una servidumbre de paso, al hacerse la división, en virtud del destino del padre de familia? Nó, éste es el caso del art. 692, y siendo discontinua la servidumbre, no se establece sino por destino. ¿Qué más se necesita para que haya lugar á aplicar el art. 694? Se necesita, dice la ley, que "el propietario disponga de una de las heredades sin que el contrato contenga ninguna convención relativa á la servidumbre." ¿Qué se entiende aquí por *contrato*? Ateniéndose á los principios generales, debe contestarse que hay contrato desde el momento en que hay concurso de consentimiento. Bajo este concepto existe también un contrato en el caso del art. 692. En efecto, ¿cómo se opera la división? Pothier lo dice, por enagenación ó por partición; en uno y otro caso hay contrato, por el hecho solo de haber consentimiento entre las partes interesadas. Para que haya una diferencia entre los arts. 692 y 694, se necesita, pues,

exigir algo más en el caso del art. 694: y es una acta en que consta el convenio, y ésta no debe contener ninguna cláusula relativa á la servidumbre. Así es, en verdad, como en la opinión común se entiende el art. 694. Hé aquí, pues, en definitiva, la diferencia entre el art. 694 y el 692. El propietario de dos predios entre los cuales existe un signo aparente de servidumbre de paso vende uno de los predios, y no se levanta acta ninguna: éste es el caso del art. 692, y no había servidumbre. Mas si se formula un escrito y si se guarda silencio acerca de la servidumbre, habrá servidumbre de paso. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

Y ahora lo preguntamos: ¿en dónde está la razón de la diferencia? Desde luego dejamos establecido que la opinión general, que pretende apoyarse en el texto, se sale de los límites de éste: la ley habla de un contrato, los intérpretes añaden que el contrato debe constar por escrito, y que debe producirse este escrito, á fin de que pruebe que guarda silencio acerca de la servidumbre. Así, pues, á la vez que apoyándose en el texto, está uno obligado á añadir algo al texto, á fin de encontrar una diferencia entre los dos casos de destino. ¿Existe al menos una razón de la diferencia que se crea de una manera tan arbitraria? Recordemos por qué el art. 692 exige que la servidumbre sea continua para que se establezca por destino. La razón es que no se puede suponer que haya voluntad tácita de constituir una servidumbre, cuando se trata de una servidumbre discontinua, tal como un derecho de paso. Y bien, ¿puede suponerse más esta voluntad cuando las partes redactan un escrito de la venta, y cuando el escrito hace punto omiso de la servidumbre? ¿Acaso el silencio del escrito resuelve la duda que deja la voluntad tácita de las partes interesadas? Tal es la cuestión, reducida á sus

1 Burdeos, 13 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 207).

términos más sencillos. Y en verdad que basta plantearla para resolverla. Yo vendo uno de los predios entre los cuales existe un signo aparente de paso, y nada se dice de este paso al efectuarse la venta, y ninguna acta se levanta: nuestra voluntad de constituir una servidumbre es incierta, y por tanto no habrá ninguna servidumbre. Si dentro de la misma hipótesis, redactamos una acta en donde nada se dice de la servidumbre, ésta existirá: ¿acaso será más cierta nuestra voluntad de constituir la servidumbre? ¡Cosa singular! Los partidarios de la opinión que estamos combatiendo no han reflexionado que las hipótesis de los artículos 692 y 694 se confunden cuando se interpreta el artículo 694 como ellos lo hacen. En efecto, en el caso del art. 692, hay también silencio de las partes interesadas, supuesto que hay consentimiento tácito. ¿Qué importa que este silencio se pruebe ó nó por un escrito? ¿La prueba del silencio presta alguna fuerza al silencio y hace desaparecer la duda que existe sobre la intención de crear una servidumbre? Si se acepta que, en el caso del art. 694, la servidumbre de paso se establece por el hecho solo de que el acta haga punto omiso de la servidumbre, en realidad se halla uno dentro de la hipótesis prevista por el art. 692, y se viene á parar, en consecuencia, á una verdadera contradicción; la cual es que una servidumbre discontinua se establece por destino, cuando en la escritura de enagenación, las partes han guardado silencio acerca de la servidumbre; siendo así que ella no establece por destino cuando, sin levantar acta, las partes han guardado igualmente silencio. ¡En definitiva una sola y misma servidumbre de paso, en las mismas circunstancias se establece ó nó por destino, sin que haya un asomo de razón para explicar esta diferencia!

186. Como la opinión que acabamos de combatir tiene á su favor una jurisprudencia constante, estamos obligados

CAPILLA ALFONSO
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
U. A. N. A. I.

á seguirla en sus aplicaciones, y en ella encontramos nuevas inconsecuencias y nuevas contradicciones. Para que haya lugar á aplicar el art. 694, se necesita desde luego que exista un "signo aparente de servidumbre" entre dos heredades. ¿Qué debe entenderse por "signo aparente de servidumbre?" Los autores y las sentencias contestan que el signo debe ser tal, que no quede duda alguna acerca de la existencia de la servidumbre (1), ó por mejor decir, del servicio que, según la intención del padre de familia, uno de los predios presta al otro y que, en la intención de las partes contrayentes, debe continuar prestándole á título de servidumbre. En la opinión general, se adhieren estrictamente á esta primera condición de un *signo aparente*, puesto que es la condición esencial, y á decir verdad, la única que se exija. Se ha fallado que un signo aparente de paso no era suficiente, cuando se probaba que el propietario no había tenido la intención de crear entre los diversos predios una relación permanente de servicio predial, y que aquél no estableció el paso sino para procurarse personalmente ciertas facilidades en el cultivo (2). Esta interpretación restringe el texto del art. 694: la ley exige únicamente la existencia de un signo aparente de servidumbre, es decir, de un servicio prestado por un predio al otro predio. Una interpretación que no tiene más apoyo que el texto no debería apartarse de éste.

Se necesita también que el signo aparente tenga un carácter inequívoco de perpetuidad (3). Esto parece decir que el signo debe consistir en una obra de arte ejecutada por mano del hombre; sin embargo, no se llega hasta este

1 Bourges, 10 de Agosto de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1026). Demolombe, t. 12, p. 348, núm. 823.

2 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 30 de Diciembre de 1865 ("Pasierisia," 1866, 1, 358).

3 Nancy, 9 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1031).

punto, porque la ley no lo exige (1). De todas maneras debe haber un signo exterior que indique la existencia de una servidumbre. Se ha decidido que los *carriles ó rodadas* no constituían un signo aparente de una servidumbre de paso; los carriles prueban únicamente que el propietario ha pasado, pero no ha destinado uno de los predios para que sirva de paso (2). Aun habiendo un camino que sirva de paso es decir, un signo aparente de servidumbre ha sucedido que no se ha admitido el establecimiento de una servidumbre de paso por destino. Se constituye una necesidad para el establecimiento de docks; uno de los socios vende á la sociedad unos terrenos destinados á construir docks; en los terrenos conservados por el vendedor, existían vías de comunicación que venían á parar en los muebles y en las conchas del fondeadero. Las escrituras nada decían de estas vías; luego se estaba dentro de los términos del art. 694, tal como la jurisprudencia lo interpreta. No obstante esto, la corte de París resolvió que no había servidumbre, porque tal no había podido ser la intención de las partes contrayentes (3). Esto es introducir una nueva condición que el texto ignora. La jurisprudencia retrocede ante sus propios principios; invoca el texto y lo restringe. Realmente hay riesgo en admitir que una servidumbre discontinua se establezca por el hecho solo de que un signo aparente la anuncie y que el título calle. Para desviar el riesgo, la jurisprudencia restringe la ley; hay un medio más seguro y mas jurídico de prevenirlo, y es ceñirse al art. 692.

1 Bourges, 13 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, número 1028).

2 Bourges, 24 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, número 1029). Bruselas 6 de Enero de 1855 (*Pasierisia*, 1856, 2, 327).

3 París, 17 de Agosto de 1865, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 498).

La aplicación del art. 694 casi se vuelve una cuestión de circunstancias, lo que ciertamente no está en el texto ni en el espíritu de la ley. ¿Un dique es un signo aparente? La corte de casación ha resuelto la afirmativa, pero invocando las circunstancias de la causa (1). El código ignora estas restricciones y estas reservas. Y es que el código no prevee el caso del establecimiento de una servidumbre nueva, no hace más que mantener una servidumbre que ha existido y que se ha continuado practicando; y se concibe que el legislador se muestre más fácil para el mantenimiento de una antigua servidumbre que para el establecimiento de otra nueva.

No es necesario decir que si se establece un servicio entre dos predios para comodidad personal del propietario, y no para utilidad del predio, ya no puede tratarse de destino del padre de familia. Esto no es más que la aplicación del derecho común (2).

187. El art. 694 establece una segunda condición: se necesita que el contrato no contenga ningún convenio relativo á la servidumbre (3). De aquí la necesidad de producir el contrato, es decir la escritura, á fin de comprobar que no contiene ninguna estipulación sobre la servidumbre litigiosa. Muy á menudo pasa que las escrituras contienen una cláusula general que dice haberse vendido el predio con sus servidumbres activas y pasivas, cosa perfectamente inútil, supuesto que es de derecho. Se pregunta si una cláusula de ese género pondría obstáculo á la aplicación del art. 694. Hay un motivo para dudar, y es que habiéndose ocupado las partes de las servidumbres existentes, habrían manifestado también su voluntad

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 272).

2 Gante 25 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 359). Duranton, t. 5º, p. 581, núm. 572. Demolombe, t. 12, p. 347, núm. 822.

3 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 498); Demolombe, t. 12, p. 439, núm. 825.

de establecer una servidumbre nueva, si tal hubiese sido su intento; ya no hay silencio del título, luego tampoco servidumbre; habiendo hablado el título, ya no es posible prevalerse de la voluntad tácita de las partes. La corte de casación no ha admitido esta interpretación, porque, en efecto, es contraria al texto del art. 694; éste no prevee el caso de una cláusula general y sin ningún alcance, supone que no hay convenio relativo á la "servidumbre," es decir, la servidumbre que se anuncia por un signo aparente (1). Hay que agregar que las cláusulas generales no son, á decir verdad, un convenio de las partes contrayentes: son una fórmula de estilo.

188. ¿No se necesita una tercera condición? El artículo 694 dice: "si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre." Esto no supone dos heredades distintas, de las cuales una esté afecta al servicio de la otra. ¿Puede extenderse la disposición al caso en que el propietario establece un servicio entre dos partes de una sola y misma heredad? La jurisprudencia y la doctrina se pronuncian por la interpretación extensiva. Aquí hay una contradicción y una inconsecuencia evidentes en el sistema adoptado generalmente (2). Se conviene en que el art. 694 es una excepción á la regla establecida por el art. 692; ¿y toda excepción acaso no es de estricta interpretación? ¿y no se necesita, sobre todo, aplicar esta máxima cuando se trata de la libertad de las heredades? Tal es ciertamente el espíritu de la jurisprudencia cuando interpreta el "signo aparente" cuya

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1825 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1034).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1037. Y sentencia de París de 15 de Mayo de 1862, confirmada por una sentencia de denegada apelación de 7 de Abril de 1863 (Dalloz, 1862, 2, 111 y 1863, 1, 415). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación de 10 de Mayo de 1825 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 1036). Compárese Demolombe, t. 12, p. 350, núm. 826.

CAPILLA ALYONSINA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
U. A. N. L.

existencia exige la ley; ¿por qué se desvía de él cuando el texto dice formalmente que se necesitan dos heredades? Es porque al exigir dos heredades, como pide el texto, se habría venido á parar en otro absurdo. El art. 692 habla también de "dos predios;" no obstante, todos aceptan que basta que una parte de un predio sirva al otro para que haya destino del padre de familia. ¿Hay una razón para que sea de otra manera en el caso del art. 694? Ciertamente que nó. Este es un verdadero conflicto de principios. En la opinión de Albisson, el conflicto no existe; y el texto se aplica con toda naturalidad. Puesto que se supone que la servidumbre ha preexistido á la reunión de los dos fundos en las mismas manos, déjase entender que son necesarias dos heredades en esta opinión todo se explica, todo se sigue y se encadena, mientras que en la opinión se va de contradicción en contradicción.

189. La misma dificultad se presenta en una cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. Según los terminos del art. 694, la servidumbre continúa existiendo cuando el propietario *dispone* de una de las heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre. La palabra *disponer* implica una enagenación; se aplica sea á una donación ó á una venta, porque también el donador *dispone* (1); poco importa también que la venta sea judicial ó voluntaria. Porque el deudor embargado es el que vende. Acerca de estos puntos no podría haber duda seria (2). ¿Pero qué debe resolverse en caso de Partición? Las cortes de Tolosa y de Metz han fallado, por sentencias muy bien motivadas, que no había lugar á aplicar el art. 694. Claro es que el texto no es aplicable, porque

1 Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1847, 1, 376).

2 Sentencia de casación de 30 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 17).

el propietario cuyos bienes se dividen después de su muerte no *dispone* de la heredad, como quiere el art. 694. La cuestión está, pues, en saber si se puede extender la ley á un caso que ella no prevee. Acabamos de decir que una disposición esencialmente excepcional no recibe interpretación extensiva. Esto es lo que establece hasta la evidencia la corte de Metz (1). ¿Qué contesta la corte de casación? La razón para decidir es la misma, dice ella; en efecto, estando fundada la disposición del art. 694 en una presunción de consentimiento sacada del silencio de las partes, esta presunción se aplica tanto á la partición como á la enagenación á título oneroso ó gratuito (2). Admitamos que esto sea así, por más que otras cortes lo pongan en duda: ¿en dónde está la excepción que no se podría extender, si se razonara por analogía? Sin embargo, la corte de casación ha juzgado en mil ocasiones que las excepciones no se entienden aun cuando haya el mismo motivo para decidir. En el caso presente hay una razón perentoria para mantener esta regla de interpretación. La jurisprudencia interpreta restrictivamente la condición del *signo aparente* exigida por el art. 694; ¿se concibe que ella interprete extensivamente la palabra "disponer" de que se sirve la ley? Así es que unas veces extiende el texto y otras lo restringe: prueba de que no se funda en ningún principio cierto.

Hay una sentencia de la corte de casación que ha ido más adelante en la vía de la interpretación extensiva. Un padre hace donación de la cuarta parte de sus bienes á su hijo, en el contrato de matrimonio de éste; en seguida un

1 Metz, 3 de Junio de 1858 (Daloz, 1859, 2, 16). Tolosa, 11 de Agosto de 1854 (Daloz, 1856, 2, 119).

2 París, 15 de Mayo de 1862, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 7 de Abril de 1863 (Daloz, 1862, 2, 111; 1863, 1, 415). Denegación de 27 de Marzo de 1866, (Daloz, 1866, 1, 339).

acto de partición celebrado entre el donador y el donatario atribuye al hijo la mitad de una porción de terreno, para satisfacerle la parte alcuota que presuntamente se le había dado. Se mantuvo esta atribución después de la muerte del padre, por la escritura de partición de su sucesión. ¿Había en éstos diversos actos una *disposición* tal como la exige el art. 694? La corte de Tolosa juzgó negativamente; pero su sentencia fué casada. No deben aislarse estos diversos actos, dice la corte de casación, porque forman un todo; ahora bien, resulta de las escrituras de partición, combinadas con la de donación, que el padre ha dispuesto en favor de su hijo de los bienes definitivamente asignados á éste (1). Nosotros preferiríamos el parecer de la corte de Tolosa. La donación no podía invocarse, porque era para el porvenir, y tal donación no es un acto de disposición. Quedaban las particiones. La primera de éstas celebrada entre el donador y el donatario no hacía más que una sola con la segunda formada por los herederos. Ahora bien, una *partición* hecha entre herederos no es un acto de *disposición*, ni siquiera lo es, á todas luces, cuando es una partición de ascendiente. Esto decide la cuestión bajo el punto de vista de la interpretación estricta. Así, pues, la corte ha adoptado otra vez una interpretación extensiva, y esto se halla en oposición con los principios, en oposición con la jurisprudencia relativa al art. 694.

Núm. 4. Efecto del destino.

190. El art. 692 dice que el destino del padre de familia equivale á título. En realidad, se hace por un concurso de consentimiento, tanto como el título oneroso ó gratuito; no hay más que esta diferencia, que en el destino el

¹ Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1847, 1, 376).

consentimiento de las partes interesadas es tácito, mientras que el título supone un convenio expreso. De aquí resulta una diferencia en cuanto á los efectos de la servidumbre. Cuando se establece por título, no tiene efecto respecto á terceros sino cuando la escritura constitutiva de la servidumbre se ha registrado (núm. 155). No se requiere el registro cuando la servidumbre se establece por destino. No se podría exigir el registro sino obligando á las partes á levantar acta de su consentimiento tácito, pero entonces el consentimiento se volvería expreso, es decir, que el destino se convertiría en un título; lo que vendría á dar por resultado el suprimir el destino, tal como el código lo organiza (1).

191. Las servidumbres tienen á menudo mucha analogía con la propiedad, sea exclusiva, sea común, como lo hemos dicho al exponer los principios generales concernientes á las servidumbres. Pero los principios sobre la adquisición de la propiedad difieren de los que rigen la adquisición de las servidumbres. Puede haber co-propiedad de un patio ó de una calle que sirve de paso; esta co-propiedad se establece por concurso de consentimiento tácito ó expreso, y se prueba con testigos bajo las condiciones prescritas por el código. Mientras que la servidumbre de paso no puede establecerse sino por un convenio expreso, porque el consentimiento tácito ó el destino del padre de familia no se admiten respecto á las servidumbres discontinuas. A los tribunales corresponde apreciar, conforme á los hechos y á las circunstancias de la causa, lo que las partes han querido. Remitimos al lector á lo que hemos dicho en otro lugar (t. VII, núms. 165 y siguientes). Hay sentencias que dan el nombre de destino del padre de familia al establecimiento de una co-propiedad,

¹ Aubry y Rau, t. 3º, p. 88, y nota 12. En sentido contrario, Mourlon, "De la transcripción," t. 1º, núms. 115 y 116.

CAPILLA DE SAN JUAN DE LOS RIOS
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
U. A. B. L.

cuando resulta de las disposiciones tomadas por el padre de familia y mantenidas por sus herederos. El nombre es impropio y propio para hacer caer en error.

Esto es confundir la propiedad con la servidumbre, que no es más que un desmembramiento de aquélla. Así se lee en una sentencia, que los derechos de los comunistas en un patio separativo de heredades divididas, y que ha seguido siendo común entre los co-participes, en virtud de lo que la corte llama destinos del poder de familia, son derechos que participan á la vez de los atributos de la propiedad y de los derechos de servidumbre. Tratábase de saber si el uso del patio común podía extenderse á otras heredades adquiridas por uno de los comunistas. La corte de Poitiers resolvió la cuestión negativamente (1); no pretendemos criticar de hecho la decisión, pero está mal motivada. Los principios que más adelante exponemos acerca de los derechos del propietario del predio dominante, no pueden invocarse cuando se trata de comunidad; hay en esto dos órdenes de ideas muy distintas. Sin duda que la co-propiedad de un patio no da derechos ilimitados á los comunistas, pues el límite de sus derechos resulta no de los principios que rigen las servidumbres, porque no hay servidumbre, sino de la intención de las partes contrayentes, y ésta únicamente es la que determina sus derechos.

§ III.—PRESCRIPCIÓN.

Núm. 1. Principios generales.

192. Según los términos del art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión de treinta años. El art. 691 agrega que las servidumbres con-

1 Poitiers, 16 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 73). Compárese sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1047).

tinuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes ó nó, no pueden constituirse sino por títulos; la posesión, aun la inmemorial, no es suficiente para establecerlas. ¿Por qué el código admite la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres? ¿por qué no la admite sino para ciertas servidumbres? ¿cuál es la prescripción por la que pueden adquirirse las servidumbres continuas y aparentes?

El art. 2219 dice que la prescripción es un medio de adquirir por cierto lapso de tiempo, y con las condiciones determinadas por la ley. En general, todos los derechos que están en el comercio pueden adquirirse por la prescripción (art. 2226). Este principio recibe, sin embargo, una restricción en materia de servidumbre. En el antiguo derecho la excepción era mucho más extensa. La costumbre de París, que es la fuente de nuestro título, decía (artículo 186): "El derecho de servidumbre no se adquiere por una larga posesión, sea la que fuere, aun cuando se haya disfrutado cien años." ¿Por qué la costumbre prohibía la prescripción? Dumoulin contesta que "para obviar las grandes empresas que se hacían so capa de tolerancia, por causa de amistad ó de familiaridad, de que se abusaba" (1). La prohibición pronunciada por la costumbre de París y por otras muchas costumbres se excedía del motivo por el cual se establece. No todas las servidumbres se fundan en la tolerancia y la familiaridad; esto es cierto de las servidumbres discontinuas tales como los derechos de paso y de toma de agua; esto no es cierto respecto de las servidumbres mucho más embarazosas de vista ó de acueducto. Los autores del código han tenido en cuenta las razones que habían hecho prohibir la prescripción en los países de derecho consuetudinario, manteniendo la

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, página 1519.