

una copropiedad ó el ejercicio de una servidumbre; en el último caso, no puede tratarse de prescripción mientras que nada impide que se adquiriera por la prescripción, un derecho de co-propiedad en un terreno que sirve de pasto. Grande será la dificultad para distinguir los actos de posesión que manifiestan el derecho de propiedad de los actos que simplemente anuncian una servidumbre; pero una vez comprobados los hechos, el derecho es claro é incontestable.

Los caminos de servicio dan á menudo margen á debates del mismo género. Esto puede ser una servidumbre de paso, pero el paso puede también ejercerse á título de propiedad. En el último caso, será admisible la prescripción, y por consiguiente, la prueba testimonial que sirve para establecer la posesión; mientras que la servidumbre de paso no se adquiere por la prescripción; se necesita un título, y las más de las veces no hay ninguno concerniente á los caminos de explotación. Respecto á las dificultades que originan la prueba, remitimos al lector á lo que dijimos en el tomo VII de nuestros *Principios* (núms. 166-168). Cuando está establecida la naturaleza del derecho, la cuestión de saber si hay lugar á la prescripción está por eso mismo resuelta, y lo está por el art. 691 (1).

### Núm. 3. Condiciones de la prescripción.

#### I. Derecho común.

202. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción. ¿Cuáles son las condiciones de esta prescripción? Está es una prescripción adquisitiva, la cual se funda en la posesión. El art. 690 lo dice: se necesita

1 Sentencias de denegada apelación de 2 de Julio de 1840 y de 10 de Enero de 1842 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1107, 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>).

una posesión de treinta años. En el título de las *Servidumbres*, nada se dice de los caracteres que debe reunir la posesión para que pueda servir de base á la prescripción: el legislador, por esto mismo, se atiene á los principios generales, que exponremos en el título de la *Prescripción*. Por de pronto, no nos detendremos sino en algunos puntos que conciernen particularmente á las servidumbres.

A la posesión de las servidumbres se le llama una cuasi-posesión, lo que implica que no es la posesión ordinaria. El art. 2228, que define la posesión, distingue, en efecto, entre la posesión de una cosa y la posesión de un derecho. Cuando se trata de una cosa, el poseedor la *retiene*; cuando se trata de un derecho, el poseedor lo *disfruta*. Por lo demás el *goce* debe tener los mismos caracteres que la retención; porque el art. 2229, que enumera los requisitos para que la posesión pueda servir á la prescripción, no hace ninguna distinción entre la retención de una cosa y el goce de un derecho.

203. La posesión debe durar treinta años. Importa, pues, fijar el momento en que comienza. Se puede contestar que comienza con el goce. Pero esta respuesta no resuelve la dificultad. ¿Cuál es el momento preciso en que el propietario del predio dominante comienza á disfrutar de su derecho? La servidumbre es aparente. Ahora bien, según los términos del art. 689, las servidumbres son aparentes cuando se anuncian con obras exteriores, tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Luego antes que todo es preciso que dicha obra esté terminada. Únicamente cuando haya una ventana de aspecto, será cuando sea cuestión de gozar la servidumbre de vista; pero también desde el momento en que queda construida la ventana, el goce del derecho comienza, supuesto que la servidumbre es continua, es decir, que se ejerce sin que haya necesidad del hecho actual del hombre (art. 688).



En esto la cuasi-posesión difiere mucho de la posesión de las cosas. Esta exige siempre el hecho del hombre para ejercerse, y se necesitan actos continuos para que la posesión sea útil á la prescripción. Mientras que para la cuasi-posesión de las servidumbres, basta que intervenga el hecho del hombre en el momento en que se construyen las obras necesarias; después de esto, la servidumbre se ejerce por sí misma, puesto que se trata de una servidumbre continua (1).

204. Así, pues, las obras que anuncian la servidumbre hacen un papel esencial en la prescripción. Se pregunta si los trabajos deben hacerse en el predio sirviente. Cuando se trata de las obras que el propietario inferior debe hacer, según el art. 643, para adquirir por la prescripción un derecho al derrame de las aguas, la jurisprudencia exige que los trabajos se ejecuten en el predio sirviente; y se ha querido hacer de esta condición una regla general. A decir verdad, el art. 643 no la prescribe y ningún texto del código la establece. Y aun hay ciertas servidumbres para las cuales las obras casi siempre se emprenden en el predio dominante: tal es la servidumbre de vista cuando la ventana que la anuncia está practicada en una pared que es propiedad exclusiva del predio dominante. Esto no tiene la menor duda (2).

Una cuestión más dudosa, al menos en teoría, es la de saber si los trabajos debe hacerlos el propietario del predio dominante. La resuelven negativamente (3); poco importa, se dice, que las obras hayan sido construidas por el propietario ó por un poseedor, ó un usufructuario, y aun por un inquilino ó un arrendatario. Trátase de un hecho material de posesión, y la posesión se ejerce útilmente en

1 Toullier, t. 2º, p. 294, núms. 634 y 636.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 79 y nota 11, y los autores que ellos citan.

3 Pardessus, t. 2º, p. 90, núm. 277.

lugar del propietario por todos los que retienen el predio. El art. 2228 lo dice al definir la cuasi-posesión: "el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos ó por otro que lo ejerce á nuestro nombre." Claro es que la posesión la puede ejercer un simple detentor del predio. ¿Pero realmente es cierto que la construcción de las obras sea un acto de goce del derecho? A nosotros nos parece que la pregunta implica un absurdo: ¿se puede gozar de un derecho de vista antes de que haya vista, es decir, una ventana de aspecto? Los trabajos preceden necesariamente al goce, por lo que el art. 2228 es inaplicable, y la cuestión debe resolverse por los principios, supuesto que no hay texto.

Antes hemos dicho, y todos están de acuerdo sobre el principio, que el propietario del predio es el único que puede adquirir una servidumbre para el predio, porque él solo tiene derecho de hablar á nombre del predio. Sigue-se de aquí que él solo tiene el derecho de obrar á nombre del predio. Luego él debe hacer los trabajos que tienen por objeto adquirir un derecho al predio. Se objeta que al poseer no se contrata, que la posesión es un hecho material y que el derecho se adquiere en virtud de este hecho material. ¿No es esto detenerse en la corteza de la prescripción? La prescripción no es un hecho puramente físico. Berlier, el orador del gobierno, lo dice en la Exposición de motivos (1): la adquisición de las servidumbres por una larga posesión implica, sea la existencia de un título que ha podido perderse, sea el consentimiento del propietario contra el cual se prescribe, así como del propietario que adquiere un derecho por la prescripción. No concebimos que un hecho material, sin intervención de la voluntad, engendre un derecho. ¿En dónde estará la razón de la diferencia entre el título y la prescripción? ¿Por

1 Exposición de motivos, núm. 21 (Loché t. 4º, p. 182).



qué se necesita el consentimiento del propietario del predio sirviente cuando una servidumbre se adquiere por título? ¿y por qué este consentimiento no sería ya necesario cuando esta misma servidumbre se establece por prescripción? Se contestará que un inquilino, por más que no pueda estipular una servidumbre, puede, no obstante, poseerla, y que esta posesión engendra la servidumbre; ahora bien, si él puede poseer útilmente por el propietario del predio, ¿por qué no había de poder construir las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre? En materia de servidumbre, la respuesta es fácil. El fundo es el que adquiere el derecho; el detentor debe, pues, ser el órgano del fundo, y no existe más representante del fundo que el propietario. Es verdad que el inquilino posee á nombre del arrendador, pero cuando los trabajos se ejecutan, no se trata todavía de poseer, luego el inquilino carece de derecho. Una vez ejecutadas las obras, empieza la posesión y el inquilino podrá disfrutar á nombre del dueño. Por mejor decir, el fundo es el que disfruta y posee, porque en general, no se requieren los actos del inquilino y del poseedor para el ejercicio de una servidumbre continua.

La opinión contraria se enseña universalmente. Se ha inferido que las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre puede ejecutarlo todo detentor del predio, aun cuando no tuviese la intención de adquirir una servidumbre, basta el hecho material de los trabajos (1). La consecuencia es lógica, pero ¿no habla en contra del principio de donde emana? El art. 2228, que admite que el detentor posee por aquél de quien tiene la cosa, implica la voluntad de poseer, así como toda posesión supone que el poseedor tiene la intención de ejercer un derecho. Ahora bien, en la opinión general, una servidumbre podría ad-

1 Aubry y Rau t. 3º, p. 79 y notas 11 y 12, y los autores que ellos citan.

quirirse sin voluntad alguna. El inquilino es el que ejecuta las obras, y lo hace sin intención de adquirir un derecho; se supone que el propietario permanece extraño á los trabajos. Por espacio de treinta años, la servidumbre se ejerce por sí misma, siempre sin que intervenga ninguna voluntad; en seguida se adquirirá el derecho. ¿Qué viene á ser de la prescripción en esta doctrina? ¿en dónde está el consentimiento tácito que ella supone? Ni siquiera puede decirse que haya consentimiento por parte del propietario del predio sometido; él no consiente en el establecimiento de un derecho, supuesto que su vecino no pretende adquirir un derecho. Preciso es devolver á la voluntad del hombre la influencia necesaria que tiene en todas las relaciones jurídicas. En vano se dice que se trata de derechos reales, derechos que se adquieren por un predio y que se ejercen por un predio: éstas no pasan de ser sutilezas, ¿habría aun derechos reales, no habiendo hombres? Los predios seguirían siendo lo que son, y no obstante, la cuestión no podría ser de derecho, porque el hombre sólo es un ser capaz de derecho. En el título de la *Prescripción* volveremos á ver el papel que en materia de posesión desempeña la voluntad del hombre.

205. La cuasi-posesión debe tener los mismos caracteres que la posesión para que pueda servir de base á la prescripción. Uno de estos caracteres hace importante papel en materia de servidumbre. El art. 2232 dice que los actos de simple tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción. Por basarse las servidumbres discontinuas en actos que pueden ser y son las más de las veces actos de tolerancia y de buena vecindad es por lo que la ley no quiere que se adquieran por prescripción. En el antiguo derecho se iba más lejos y se presumía que toda servidumbre era precaria, es decir, un acto de tolerancia. El



código acepta el establecimiento de las servidumbres continuas y aparentes por la prescripción. Pero se necesita, entiéndase bien, que la posesión de treinta años sea una posesión útil para prescribir, y no puede servir ya para la prescripción cuando se funda en actos de tolerancia. Así, pues, una servidumbre, á pesar de ser continua, no se establecería por prescripción si la posesión fuese de tolerancia.

El principio es cierto, por estar escrito en la ley. Pero la aplicación no carece de dificultades. ¿Cuándo hay posesión de pura tolerancia? La ley no la define, por lo que viene á ser una cuestión de hecho; en vano se intentaría establecer un principio en esta materia. Por esto se ha dicho que la posesión dejaría de ser de tolerancia cuando la servidumbre causare una molestia real al propietario de la heredad sometida, y cuando éste tuviese un interés serio para oponerse á ella (1). Creemos nosotros que la idea de tolerancia ó de familiaridad implica vínculos de amistad ó por lo menos de buena vecindad. Por consiguiente, el juez debe considerar, sobre todo, la naturaleza de las relaciones que existen entre vecinos; éstos nada tolerarán si son enemigos, y todo lo tolerarán si son amigos. No hay medio de generalizar cuando todo depende de las relaciones individuales. ¿Unas ventanas abiertas en la pared de lantera de una casa, y con vista directa hacia el techo de la finca vecina, son luces de tolerancia? La corte de casación resolvió la pregunta afirmativamente, pero tuvo cuidado de hacer constar que la corte de apelación había declarado de hecho que el pretendido derecho de vista reclamado por el actor no se podía considerar sino como un acto de tolerancia (2). Así, pues, la cuestión queda siem-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 80 y nota 14.

2 Sentencia de denegada apelación de 14 de Diciembre de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 474, 5º).

pre como cuestión de hecho. Se falló también que la existencia de barreras en un camino no probaba que el que las había disfrutado gozase de un derecho de servidumbre; los jueces del hecho habían reconocido que la comuna había tolerado las barreras para facilitar la guarda del ganado en el pasto (1). Es inútil dar otras aplicaciones, porque todo depende de las circunstancias de la causa.

206. Veamos, sin embargo, una cuestión de derecho. Supónese que el que abre una ventana hacia el predio del vecino reconoce por medio de un escrito que su posesión no es más que de simple tolerancia, ¿este reconocimiento será un obstáculo para la prescripción? Se adopta generalmente la afirmativa, y aun el art. 2232 parece que no deja duda alguna: si se comprueba por propia confesión del que ejerce la posesión, que su goce es de pura tolerancia, resulta que la posesión deja de ser una posesión en el sentido legal de la palabra, y que no puede fundar prescripción: el art. 2232 así lo dice. Hay, sin embargo, algunas razones para dudar. El art. 2248 prevee el caso en que el poseedor que prescribe reconoce el derecho de aquél contra el cual prescribe, y no atribuye á este reconocimiento otro efecto que el de interrumpir la prescripción. ¿No debe aplicarse este artículo á nuestro caso? Nó, porque él que reconoce que su posesión es de tolerancia hace más que reconocer el derecho de su vecino á la libertad de su predio, confiesa que su posesión es viciosa y que no puede servir de base á la prescripción; ahora bien, desde el momento en que la posesión es viciosa, permanece como tal y hace imposible la prescripción. Aquí se hace una nueva objeción. El art. 2220, se dice, prohíbe que de antemano se renuncie á la prescripción; y ¿no equi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 433).



vale á renunciarla el declarar que la posesión es de pura tolerancia? Nó, porque ninguna analogía existe entre la renuncia del art. 2220 y el reconocimiento que un poseedor hace de que su posesión es de pura tolerancia. El que anticipadamente renuncia á la prescripción lo hace en la suposición que se podrá prevaler de ella, por estar satisfechos todos los requisitos para la prescripción. Mientras que el que reconoce que su posesión es de tolerancia hace constar que falta una de esas condiciones; él no renuncia á la prescripción, sino que confiesa que no puede verificarse (1).

¿Cuál será el efecto del reconocimiento respecto de aquellos que sucedan al poseedor del predio que lo ha hecho? Si son sucesores á título universal, el reconocimiento de su autor los perjudicará, en el sentido de que reconocida por él mismo la posesión, continuará siéndolo é impedirá toda prescripción; mientras que los sucesores á título particular como no son más que los representantes de su autor, nada impide que den principio á una nueva posesión, buena para la prescripción; sólo que no podrán reunir á su posesión la de su autor, supuesto que ésta es viciosa. Volveremos á tratar de esta distinción en el título de la *prescripción*.

## II. De la prescripción de los caminos públicos en provecho de las comunas.

207. ¿Pueden adquirir las comunas un paso por prescripción? Esta cuestión presenta muchas dificultades. Hay que distinguir desde luego con qué título reclama el paso la comuna. El paso puede ser un camino público en el sentido propio de la palabra, es decir, que el terreno

1 Aubry y Ran, t. 3º, p. 80, nota 16. Demolombe, t. 12, p. 272, núm. 779. Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 154).

que sirve de paso pertenece á la comuna. Claro es que la comuna puede ser propietaria de los caminos que sirven para la circulación de los habitantes, y lo es regularmente; igualmente cierto es que ella puede adquirir la propiedad por todas las vías legales, luego también por la prescripción. En efecto, la comuna es una persona civil, y como tal, disfruta de los mismos derechos que los particulares, en lo concerniente á la adquisición. No hay dificultad sino respecto á la prueba, cuando la comuna funda su derecho en la prescripción. Más adelante examinaremos la cuestión.

¿Puede también deberse el paso á la comuna á título de servidumbre? En este punto comienza la duda. ¿El paso, cuando se ejerce por terrenos pertenecientes á particulares, es una verdadera servidumbre? ¿La comuna está sometida al derecho común en lo concerniente á la adquisición del derecho de paso, es decir, no puede invocar la prescripción? ¿Los principios establecidos por el código civil han sido modificados por leyes especiales, y qué alcance tienen estas modificaciones? Comenzaremos por el examen de estas cuestiones.

### a) Del paso á título de servidumbre.

#### I. Sistema del código civil.

208. Se supone que los habitantes de una comuna ejercen, como tales, un derecho de paso por predios pertenecientes á particulares: ¿es ésta una servidumbre de paso? ¿Desde esta primera cuestión comienza el debate? Se objeta que falta uno de los caracteres esenciales de las servidumbres; es muy cierto que hay una heredad sirviente por donde se ejerce el paso, ¿pero en dónde está la heredad dominante en cuyo provecho existe el paso? Los habitantes practican el paso, no como propietarios de pre-



dio dominante, sino como habitantes de la comuna; de suerte que aun aquellos mismos que no tuvieren ninguna propiedad en la comuna tienen, no obstante, el derecho de pasar por el predio sirviente; y cuando no hay predio dominante, la cuestión no puede ser de servidumbre. Es bien claro que los habitantes ejercen el paso, no como propietarios, sino como habitantes: es decir, que el camino de servidumbre es un verdadero camino público y que si constituye una servidumbre, ésta pertenece á la comuna. Luego precisa que veamos si la comuna puede tener un derecho de paso á título de servidumbre.

La comuna puede ser moral, puede ser propietaria; luego también puede poseer un desmembramiento de la propiedad tal como un usufructo, y por lo tanto, una servidumbre. Pero se entiende que es necesario que se cumplan los requisitos que se exigen para la existencia de una servidumbre. Luego se necesita una heredad dominante. Se ha fallado que una comuna podía tener, á título de servidumbre, el derecho de celebrar su feria en una propiedad particular, pero que, siendo discontinua esa servidumbre, no podía adquirirse por la prescripción (1). ¿En dónde está en el presente caso, el predio dominante? ¿Lo es el territorio comunal? Entendámonos: la comuna puede ser propietaria, y regularmente lo es de las plazas públicas, y ella puede tener bienes comunales; pero la feria no se celebra en provecho de ese dominio público ó privado de la comuna, sino por interés de los habitantes. ¿Puede la comuna, á nombre de los habitantes considerados como propietarios, estipular una servidumbre? No lo creemos. Si la comuna es una persona civil, lo es como organo de los intereses comunales, luego como organo de los habitantes; como tal adquiere y posee: ¿por qué no había de poder, á nombre de los habitantes, estipular una

1 Riom, 30 de Diciembre de 1844, (Da Illoz, 1846, 2, 88).

servidumbre á favor de sus predios? Los habitantes mismos la estipulan por medio de la comuna.

Respecto á los derechos de paso, la cuestión ofrece menos duda. Pueden considerarse las servidumbres de paso como establecidas por interés de los caminos públicos pertenecientes á la comuna; en efecto, por lo común, los senderos de paso sirven para enlazar entre sí varios caminos públicos ó para dar acceso á estos caminos. En este caso, puede decirse literalmente que el paso se debe á un bien que se halla dentro del dominio de una comuna; aunque los caminos públicos estén fuera del comercio, esto no impide que puedan establecerse servidumbres en provecho de esas vías de comunicación, lo mismo que pueden ser gravadas con servidumbre, con tal que estos gravámenes no sean un obstáculo para el destino público del camino. Así fué fallado por la corte de casación de Bélgica (1).

Esta manera de considerar los derechos de paso no es suficiente para poner término á toda duda. Puede suceder que el derecho de paso no sea el accesorio de un camino, que él mismo constituya una vía de comunicación y la única que exista en la comuna. Tal es el caso casi general en Flandes. Cuando se discutió la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales, se dijo, sin contradicción ninguna, que no había uno solo de estos caminos en Flandes que no se hubiese establecido por vía de servidumbre. Así es que en todo el curso de la discusión, se calificaron de servidumbres los pasos que las comunas ejercen sobre terrenos pertenecientes á particulares. Un miembro de la Cámara de diputados definió este derecho en los siguientes términos: "El derecho que pueden tener los habitantes para pasar por un predio perteneciente á otro." La sección central reconoció formalmente que estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Junio de 1843 (*Países Bajos*, 1843, 1, 200).



caminos de servidumbre eran la servidumbre de paso, la cual según el art. 691, no puede adquirirse por prescripción. Existen sentencias en este sentido pronunciadas por las cortes de Bélgica (1). Sosteníase ante la corte de Gante que los pasos que servían de camino público se habían establecido en favor de los habitantes, y que por lo tanto, constituían una servidumbre personal; ahora bien, el código no reconoce las servidumbres personales de paso. La corte contesta, y nos parece perentoria su respuesta: Es verdad que los habitantes ejercen el paso, pero sucede lo mismo con todo paso, el cual no lo ejerce el predio sino la persona que ocupa el predio. En realidad, el paso no se establece en favor de los habitantes personalmente, sino en favor de las habitaciones y establecimientos que componen la comuna; luego es un derecho impuesto sobre una heredad para uso y utilidad de las heredades pertenecientes á los habitantes de la comuna, luego es una servidumbre real (2). Falta ver si la comuna puede estipularla y adquirirla á nombre de los habitantes. Acabamos de contestar á la cuestión.

209. Surge ahora la cuestión de saber si las comunas pueden adquirir por prescripción una servidumbre de paso en predios pertenecientes á particulares. Planteada así la cuestión debe resolverse negativamente. El art. 691 dice que las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por títulos, y ni siquiera admite la posesión inmemorial. Si los derechos de paso reclamados por una comuna son servidumbres de paso, el art. 691 debe recibir su aplicación, á menos que haya en el código una excepción en favor de las comunas; ahora bien, en vano se buscaría dicha excepción. Tal es la opinión unánime de los

1 Delebecque, "Comentario legislativo de la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales," p. 9, núm. 10. Compárese sentencia de pruebas, de 24 de Junio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 340).

2 Gante, 20 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 186).

autores (1), y la jurisprudencia la adopta. Estamos suponiendo, como se deja entender, que consta que el terreno en el cual se ejerce la servidumbre no pertenece á la comuna. Por lo tanto, el paso sólo puede ejercerse á título de servidumbre, y por consiguiente entra en la aplicación del art. 691. Se ha intentado eludir la prohibición de este artículo, prevaleciéndose de un consentimiento tácito del propietario del predio sirviente. La corte de Angers ha rechazado este sistema, que no es más que un medio de eludir la ley. Esto no quiere decir que el título no pueda resultar de un concurso de consentimiento tácito; el artículo no lo niega, pero dice, y muy bien, que el consentimiento de un acto tan importante como una servidumbre de paso debe resultar de actos ó de hechos que ninguna duda dejen sobre la voluntad de las partes interesadas. La prescripción de la servidumbre supone también un consentimiento tácito; á pesar de esto, la ley no ha querido admitir la prescripción para las servidumbres discontinuas, precisamente porque es dudosa la voluntad de las partes interesadas. La corte de casación confirmó la sentencia, decidiendo que el art. 691 no permitía la adquisición de un derecho de paso en provecho de la comuna á título de servidumbre, sin título (2).

210. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica no está de acuerdo con esta doctrina. Hay que confesarlo, nuestra jurisprudencia es confusa. Más adelante citaremos sentencias que consagran la distinción que hemos hecho entre el paso ejercido á título de propiedad y el paso re-

1 Demolombe, t. 12, p. 310, núm. 797. Aubry y Rau, t. 3º, p. 82, nota 23, y los autores que citan. Compárese Dalloz, *Servidumbre*, número 1135.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 394). Compárese sentencia de denegada apelación de 27 de Mayo de 1834 (Dalloz en la palabra *Servidumbre*, núm. 1135, 1º)