

lidad una encina no es más alta que un árbol de bajo tronco. Nuestra respuesta es la de siempre, que ésta no es cuestión de interés; por otra parte, las raíces de un árbol de alto tronco se extienden más lejos y hacen más mal que un arbusto, aun cuando se le podase. La corte de Amiens, se pronunció en el mismo sentido que la de París: la cuestión de saber si ciertos árboles son de alto tronco, dice la sentencia, debe resolverse, no por la esencia de los árboles, sino por el régimen á que están sometidos; ahora bien, los árboles, en el caso de que se trataba, se habían podado, y el compromiso contraído por el vecino garantizaba que se les conservaría la naturaleza de árboles tallares; luego los árboles entraban á la clase de los que el código llama de bajo tronco. Verdad es que la equidad estaba en favor del propietario de los árboles, pero el derecho debía ser superior á la equidad. La ley es absoluta, y no se la puede derogar por ninguna consideración. La naturaleza es la que determina si un árbol es de alto tronco, y no el hombre. Si el legislador hubiera querido dejar al juez una cierta latitud en razón de la altura variable que los árboles pueden alcanzar, habría debido decirlo; porque esto es nada menos que una excepción á la regla que él establece, y una excepción exige una disposición expresa; en todo caso, no corresponde al juez establecerla. Esto es decisivo: la corte de casación, en tribunal pleno, mantuvo su jurisprudencia.

Puede haber una excepción en virtud de un reglamento interior al código ó de un uso constante y reconocido. En otros casos se invocó un uso contrario ante la corte de casación, y ésta resolvió que el uso no existía (1). La decisión nos parece demasiado rigurosa para uno de estos ca-

1 Sentencia de casación, de 12 de Febrero de 1861 (Daloz, 1861, 1, 120). La sentencia dice que el pretendido uso no es más que un acto de tolerancia. ¿Pero una tolerancia general é inmemorial no constituye un uso?

sos. Producíanse testimonios librados por los alcaldes de un gran número de comunas, que decían que era de uso *constante y reconocido* en todo tiempo en sus localidades que los árboles mantenidos en corte, al ras del suelo y puestos en cortes arreglados de tres, cuatro y cinco años tales como las encinas, olmos, arces, acacias, fresnos y álamos se habían plantado siempre á una distancia menor de dos metros; que la distancia de dos metros no se observaba sino cuando se dejaban crecer dichos árboles al aire libre, lo que entonces los volvería de alto tronco. La corte de casación desechó tales usos, porque, según ella, estribaban, no en la distancia, como lo quiere el art. 671, sino en la distinción entre los árboles de alto y bajo tronco; y acerca de este punto, el legislador no se ha referido á los reglamentos particulares ni á los antiguos usos (1). Aquí, según creemos, hay un exceso de rigor, porque la corte se ha apoderado de los términos en los cuales estaban redactados los testimonios. Si los alcaldes hubiesen hecho constar que era de uso plantar á una menor distancia los árboles de alto tronco considerados como tallares, difícil habría sido aceptar el uso. De que pareciera que los alcaldes habían dicho que los árboles de alto tronco, destinados al corte, se volvían árboles de bajo tronco, ¿podía inferirse que el uso estribaba, no en la distancia, sino en la esencia del árbol? (2).

Se ha suscitado otra duda que no es seria. Si en un seto se encuentra un árbol de alto tronco ¿deberá considerarse como arbusto, si se le poda y mantiene á la misma altura que el seto? A penas si puede plantearse la cuestión. ¿Acaso un árbol de alto tronco deja de serlo porque se le plante en un seto? El sitio no es lo que determina

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 1, 201).

2 Véase la crítica del comentador (Daloz 1853, p. 200 y nota, la cual nos parece muy fundada.

la distancia á la que debe plantarse, sino la esencia del árbol.

8. ¿Cómo se mide la distancia? ¿partiendo del corazón del árbol ó de su superficie exterior? Debe resolverse la cuestión en el primer sentido; en efecto, la distancia debe ser invariable, y variaría si se calculara desde la superficie exterior del árbol, según que éste fuere más ó menos grueso al ser plantado, lo que es inadmisibile. Luego debe haber entre el corazón del árbol y la línea separativa de las dos heredades una distancia de dos metros ó de medio metro. Si los dos predios están separados por un cercado medianero, tendrá que suponerse que la línea de separación está en medio de la pared, de la zanja ó del seto. Si existe un camino público entre las dos heredades, se comprende el ancho del camino en la distancia. Si fuere una corriente natural de agua, habría que comprenderla, en la opinión general que admite que esas corrientes á nadie pertenecen. En nuestra opinión, debe aplicarse la ficción que se sigue para la medianería, es decir, que la propiedad de los ribereños se reputa que se extiende hasta el medio del río (1).

Núm. 2. Sanción. Prescripción.

9. Conforme á los términos del art. 672, "el vecino puede exigir que se arranquen los árboles y setos plantados á menos distancia." Al actor tócale probar que no se ha observado la distancia legal. En el caso de que ya hemos hablado, y que dió margen á largos debates los peritos habían comprobado que uno de los mohones estaba inclinado hacia la propiedad del vecino, de modo que cambiaba el vértice del ángulo en unos diez y seis centímetros. Si ese mohon, dice la corte de Amiens, estuviere derecho, los

1 Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, t. 2º, ps. 213 y siguientes, notas 13_15.

árboles podrían estar muy bien á la distancia requerida por la ley. Ahora bien, al demandante corresponde probar de una manera precisa que se ha excedido la distancia; él no rendía tal prueba, luego su demanda no era aceptable (1).

En el mismo negocio, el demandado sostuvo que como ciertos árboles de alto tronco no se salían de la distancia legal sino en uno á diez centímetros, esta ligera diferencia no causaba ningún perjuicio al vecino, que por lo tanto, no podía promover, por falta de interés. La corte de París acogió esta defensa, pero su sentencia fué casada. Esto no es más que la confirmación de la doctrina que hemos enseñado en esta materia. Si como algunas veces lo ha dicho la corte de casación, la distancia prescrita por el código no tuviese más razón de ser que el perjuicio que el vecino experimente cuando las plantaciones pasan esa distancia, ella habría denegado el recurso, cuando la sentencia de la corte de apelación comprobaba que no había ningún perjuicio. Ella la casó porque el art. 672 da al vecino el derecho absoluto de mandar arrancar los árboles, sin imponerle la obligación de justificar ningún daño (2). Así, pues, esta no es una cuestión de perjuicio, porque aun cuando ninguno hubiere, los árboles deberían arrancarse, porque su plantación viola el derecho de propiedad del vecino (3).

10. ¿Quién puede intentar la acción abierta por el artículo 672? La ley dice: *el vecino* puede exigir que se arranquen los árboles. ¿Quiere decir esto que todo detentor del

1 Amiens, 5 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1853, 1, 342).

2 Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 78). La doctrina está en el mismo sentido, Demolombe, t. 11, página 556, núm. 498. Aubry y Rau, t. 2º, p. 214 y nota 16.

3 Sentencia de casación, de 2 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 280).

predio tiene el derecho de promover? Al decir *el vecino*, la ley da á entender que el vecino es propietario, ó por lo menos que tiene un derecho real en el predio que le da interés y derecho de promover. Tal es el usufructuario. Se ha pretendido que teniendo únicamente el goce, él no podía pedir más que una indemnización de goce. La corte de casación ha resuelto que el usufructuario tiene calidad para promover, puesto que disfruta de los derechos de servidumbre como el propietario mismo (1). Legalmente, puede considerarse la distancia prescrita por el artículo 671 como una servidumbre, puesto que el código habla de ella en el capítulo de las *Servidumbres* legales. A decir verdad, es una sanción del derecho de propiedad. La cuestión consiste, pues, en saber si el usufructuario puede intentar las acciones reales. Nosotros la hemos examinado en otra parte de esta obra, y la hemos resuelto en favor del usufructuario (2). Síguese de aquí que el arrendatario no puede formular la acción establecida por el artículo 672, porque no tiene derecho á intentar las acciones que nacen de la propiedad. El arrendatario debe dirigirse al arrendador.

11. ¿Puede el vecino pedir que se arranquen los árboles cuando éstos existen desde hace treinta años? Toda acción se extingue por la prescripción trentenaria; luego está fuera de duda que el vecino ya no puede promover después de treinta años. Pero hay grandes dificultades en la naturaleza y los efectos de esta prescripción. ¿Es una prescripción adquisitiva á favor del que ha plantado los árboles á menor distancia? ¿es una prescripción extintiva contra el que no ha promovido en el transcurso de treinta años? Y si es una prescripción adquisitiva ¿qué es lo que el propietario adquiere con esta prescripción?

1 Misma sentencia, 5 de Marzo de 1850 (p. 17, nota 2).

2 Véase el t. 6° de esta obra, núms. 364 y siguientes.

¿es únicamente el derecho de conservar los árboles que ha plantado? ¿ó ha adquirido el derecho de plantar á una distancia menor que la distancia legal? Todas estas cuestiones, así como otras muchas que con ellas se relacionan, están controvertidas, y hay alguna duda. Los autores están divididos respecto al principio, así como la jurisprudencia. Así, pues, antes que todo, precisa establecer el principio.

Acabamos de decir que la corte de casación califica de servidumbre la disposición del art. 671 que prohíbe al propietario de una heredad plantar á una distancia demasiado cercana á la heredad vecina. Esta opinión tiene á su favor la terminología del código, así como la clasificación que éste sigue: el art. 671 se encuentra en el título de las "Servidumbres," y la prohibición que establece se clasifica entre las servidumbres legales. Luego el que planta sin observar la distancia legal se emancipa de una servidumbre, y por lo tanto, la prescripción es extintiva. ¿Esta manera de considerar las servidumbres se funda en principios? ¿es la verdadera teoría del código? Nosotros nos hemos encontrado ya con la dificultad, y hemos enseñado, con la jurisprudencia de nuestra corte de casación, que las servidumbres legales, lejos de ser servidumbres son el estado natural de la propiedad en la sociedad civil (1). Volveremos á ocuparnos de la controversia, al tratar de las luces y vistas, porque allí está el asiento de la dificultad y el principal interés del debate. Por de pronto, sostenemos el principio tal como lo hemos dejado establecido. No siendo servidumbres resulta que el art. 671 no crea una á cargo de las heredades cuyos propietarios quieren hacer plantaciones; si ellos no pueden plantar sino á cierta distancia de la heredad del vecino, es porque al hacerlo más cerca

1 Véase el t 7° de esta obra, núms. 473-477.

invadirían la propiedad de éste. Luego el que planta á la distancia legal no hace más que ejercitar su derecho de propiedad, con la limitación que le es inherente, puesto que nadie puede usar de su derecho atentando al derecho ageno. ¿Qué es, pues, lo que hace al plantar sin observar la distancia legal? Impone una restricción á la propiedad de su vecino; si éste permite dicha restricción durante treinta años, su heredad queda gravada con una servidumbre. Luego hay prescripción adquisitiva si los árboles permanecen durante treinta años sin que el vecino pida que se arranquen.

Siendo adquisitiva la prescripción, la posesión es su base. Síguese de aquí que la posesión debe reunir los caracteres enumerados por el art. 2229: debe ser continua, pública, inequívoca, á título de propiedad. La corte de Amiens ha hecho, según creemos, una justa aplicación de estos principios, decidiendo que la posesión no es suficiente para la prescripción, por todo el tiempo que el árbol plantado en un vallado no sobresalga de éste. En efecto, el vecino no puede ver el árbol por todo el tiempo en que se confunde con el vallado; por más que el árbol exista realmente, no siendo pública su posesión, no podría haber prescripción. La prescripción no comenzará á correr sino cuando el árbol haya sobresalido del vallado y la posesión se haya hecho pública (1).

12. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción? Desde el día de la plantación. Esta es una consecuencia evidente del principio que aceptamos en cuanto á la naturaleza de la prescripción. El propietario quiere adquirir una servidumbre á cargo de la heredad vecina, y comienza á prescribir desde el momento en que verifica un acto de posesión; es así que al plantar usurpa el derecho de su vecino,

1 Amiens, 21 de Diciembre de 1821, (Dalloz, *Servidumbre*, número 641; Demolombe, t. 11, p. 558, núm. 500).

luego posee. En vano se dice que al hacer la plantación no provoca ésta la atención del propietario en cuyo predio se ejerce un derecho, y que hay que esperar á que la planta llegue á ser árbol (1); en la naturaleza de la planta está el crecer incesantemente, y desde el momento en que la bellota se asoma en el suelo, anuncia la futura encina (2). Sin embargo, se debe conciliar este principio con el de la publicidad, como acabamos de decirlo. (11.)

El principio es incontestable, pero la aplicación tiene sus dificultades. Si se trata de árboles forestales, ¿corre la prescripción desde el día en que el árbol brota del suelo, ó desde el día en que se reserva como resalvo, al operarse la corta de los tallares? Esta última opinión ha sido sostenida ante los tribunales, y si se tratara de hacer la ley, se podría defender aquélla diciendo que como el bosque tallar se destina á cortarse, el árbol sólo tiene una existencia temporal, y que por lo tanto, el vecino carece de derecho y de interés. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que ésta no es una cuestión de interés; en cuanto al derecho, existe desde el día en que el árbol asoma á la superficie del suelo; cualquier otro momento sería arbitrario y las disposiciones arbitrarias sólo pueden emanar del legislador. Esta decisión se funda también en la razón. La prescripción empieza desde el momento en que la acción es posible, y el vecino puede promover el mismo día en que la cepa, producto natural del suelo, aparece á flor de tierra, y no solamente desde el día en que el árbol producido se reserva en una explotación; luego puede reprocharse al vecino que haya guardado silencio, cuando sabía que los vastagos tiernos habían de desarrollarse sucesivamente hasta constituir árboles de alto tronco; el silencio que

1 En sentido contrario, Bourges, 16 de Marzo de 1830, (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 638).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 214, notas 17 y 1

guarda por espacio de treinta años, á pesar de los inconvenientes progresivos que le ocasionaban los vástagos al crecer, debe hacer que se suponga que él renunció al derecho que tiene de mandar arrancar los árboles; y esto es la base de la prescripción (1).

Se ha pretendido, en sentido contrario, que si se trata de árboles que han crecido lejos de viejas cepas que se han quedado en el suelo, la prescripción se remonta á la existencia de estas cepas, de donde se seguiría que los árboles no podrían arrancarse por más que tuviesen menos de treinta años. La corte de Montpellier había aceptado estas pretensiones (2). Tratábase, en el caso, de cepas; el árbol que de ellas proviene, decíase, es siempre el mismo árbol que se renueva por todo el tiempo que subsiste la cepa; luego la cepa es lo que constituye la plantación en el sentido legal de la expresión. En esto está el error. Los árboles, retoños de las antiguas cepas, constituyen árboles nuevos (3); el antiguo árbol ha sido cortado, luego ha cesado de existir, y es una pura ficción decir que un árbol cortado existe todavía en el renuevo que producen las raíces; y una ficción sólo la ley puede crearla. Esto es también conforme á la razón: como lo expresa muy bien la corte de casación, los renuevos casi nunca están en el sitio exacto de los árboles antiguos, pueden ser mucho más numerosos, y con mucha frecuencia están más cerca de la propiedad vecina; luego constituyen un hecho nuevo á cargo de la heredad contigua, y en consecuencia, el propietario tiene el derecho de hacerlos desaparecer; no es la cepa recartada á flor de tierra lo que le estorba, sino el

1 Sentencia de casación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 89).

2 Sentencia de Montpellier, de 1º de Mayo de 1860, casada por sentencia de 25 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 174).

3 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Octubre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 59).

árbol (1). La corte agrega que estos tiernos árboles, aunque menos dañosos para la propiedad vecina, porque dan menos sombra y humedad que los árboles grandes que reemplazan, son en realidad más comprometedores por las invasiones sucesivas con que amenazan (2). La jurisprudencia es constante en este sentido.

13. ¿Cuál es el efecto de la prescripción? Hay una grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina, lo cual depende de la ausencia de principios sólidos acerca de la naturaleza de esta prescripción. ¿Esta adquisitiva ó extintiva? Si es adquisitiva, ¿qué es lo que con ella se adquiere? Desde luego descartamos la opinión que considera la distancia prescrita para las plantaciones como una servidumbre, y que infiere que la prescripción es liberatoria, en el sentido de que el propietario que planta á una distancia menor que la establecida por la ley, por los reglamentos ó por los usos, libra á su predio de la servidumbre que lo grava, de suerte que después de treinta años queda libre para plantar lo que quiera y en donde quiera, sin observar ninguna distancia. Esta opinión, sostenida por varios autores, (3) no ha hallado favor en la jurisprudencia. Aunque muchas sentencias, aun de la corte de casación, mantienen la calificación de servidumbre que el código da á la prohibición establecida en el artículo 671, no aceptan la consecuencia que emana de esta teoría. Esto es muy ilógico. ¿Pero qué uso importa? Nosotros rechazamos el principio tanto como la consecuencia. Supuesto que la prescripción es adquisitiva, á nuestro juicio, hay que colocarse en este terreno, y examinar lo que

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Mayo de 1864 (Daloz, 1864, 1, 229).

2 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 350).

3 Taulier, "Teoría del código civil," t. 2º, p. 462. Véase, en sentido contrario, Douai, 14 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 2, 94).

el propietario adquiere cuando ha poseído durante treinta años árboles plantados sin observar las distancias legales.

Hay un punto en el cual todos están de acuerdo: y es que los árboles que existen hace treinta años, á una distancia menor que la legal, no pueden arrancarse. Esto, en efecto, es lo menos que el propietario de las plantaciones haya podido adquirir por la prescripción; si no hubiese adquirido el derecho de mantener los árboles que ha plantado, nada absolutamente habría adquirido; lo que sería negar la prescripción, y esta la aceptan generalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia (1). ¿No debe irse más lejos y decir que el propietario ha adquirido el derecho de plantar árboles á una distancia menor que la legal, en el sentido al menos de que puede derribar los árboles existentes y reemplazarlos por plantas tiernas? Tal es, á nuestro juicio, el efecto de la prescripción, pero tenemos en contra la jurisprudencia y la mayor parte de los autores. Esto equivale á decir que la cuestión es dudosa. Expondremos nuestras razones, y procuraremos contestar las que se aduzcan á favor de la opinión contraria.

¿Por qué no se puede plantar sino á cierta distancia de la heredad vecina? Porque se invadiría su propiedad. Luego cuando se planta sobre la línea divisoria que separa las dos heredades, se restringe el derecho de propiedad del vecino, y tal restricción se torna servidumbre si subsiste durante treinta años. Luego después de una posesión trentenaria, se ha adquirido el derecho de tener árboles á una distancia menor que la distancia legal. Hemos dicho "árboles" porque está en la naturaleza de las plantaciones el ser renovadas; el que planta árboles manifiesta la

1 Sentencias de denegada apelación, de 9 de Junio de 1825, y 29 de Junio de 1832, y 25 de Mayo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, número 653, 1°, 2° y 3°).

intención de tener una plantación y de mantenerla; ahora bien, los árboles mueren, y es deber de un buen padre de familia no dejar que mueran, reemplazarlos, de suerte que la plantación se hace con un espíritu de perpetuidad. En consecuencia, el vecino que permanece treinta años sin exigir que los árboles se arranquen consiente tácitamente en que se mantenga la plantación á título de servidumbre, es decir, que se renueve, supuesto que tal es la ley de las plantaciones. Esto sirve de respuesta á una objeción ó á un motivo que se da en favor de la opinión contraria. Se dice que no es el derecho abstracto de plantar lo que se adquiere por medio de la prescripción, sino el derecho de tener tales árboles á una distancia menor que la legal; luego desde el momento en que se arrancan dichos árboles, cesa el efecto de la prescripción (1). La objeción no tiene en cuenta la naturaleza de las plantaciones, que es la de ser renovadas; y esto es tan cierto que los árboles se reproducen por sí mismos por siembra natural. La plantación que opera la mano del hombre imita la naturaleza, es y como ella perpetua. Luego no es un derecho abstracto lo que constituye el objeto de la prescripción, sino una cosa muy real, una plantación; pero ésta no es una cosa pasagera, sino perpetua, y entre todas las obras humanas, ninguna hay que tenga mayor duración; la naturaleza viene en ayuda de la debilidad del hombre, imprimiendo el carácter de perpetuidad á lo que éste hace.

Se da aun otra forma á esta objeción. Una antigua máxima dice que la prescripción no puede extenderse más allá de lo que se ha poseído, es decir, que los efectos de la prescripción se miden por la extensión de la posesión: "tantum praescriptum quantum possessum." Este argu-

1 Douai, 14 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 2, 94). Bourges, 8 de Diciembre de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 661, 1°).