

mento es el que ha preocupado á la corte de casación. La posesión, dice ella, tiene únicamente efecto respecto á los árboles para los cuales se ha manifestado durante el tiempo y con las condiciones necesarias. De esto la corte infiere que, cuando los árboles antiguos se han arrancado ó han perecido de ancianidad, el derecho común sobre la servidumbre legal de distancia recobra su imperio; por consiguiente, el vecino puede pedir que se arranquen los árboles tiernos que no existen desde hace treinta años (1). Creemos que la corte ha hecho una falsa aplicación de la máxima "tantum praescriptum quantum possessum." El que posee vistas durante treinta años hacia la heredad contigua de su vecino adquiere por la prescripción una servidumbre de vista, pero la adquiere dentro de los límites de la posesión, y no puede abrir una tercera ventana cuando sólo dos ha poseído. En cuanto á éstas últimas, las puede conservar perpetuamente. Lo mismo sucede con las plantaciones; el que ha poseído durante treinta años cincuenta árboles, no puede plantar otros cincuenta; él ha prescrito, en verdad, el derecho de tener árboles á una distancia menor que la legal, pero lo ha prescrito dentro de los límites de su posesión. Dentro de estos límites, su derecho es perpetuo, y puede mantener perpetuamente su plantación de cincuenta árboles. Pero los árboles mueren ó tienen que cortarse en virtud de cierto régimen: la plantación considerada de esta manera es lo que ha constituido el objeto de la posesión, luego puede decirse que el propietario de los árboles no prescribe realmente sino lo que ha poseído.

Se niega la analogía que nosotros establecemos entre las plantaciones y las vistas. A nuestro juicio, ella es decisi-

1 Sentencias de denegada apelación, de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 223), de 2 de Diciembre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 59), de 31 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 1, 350). Compárese, Demolombe, t. 11, p. 560, núm. 501, y los autores que él cita.

va en todos conceptos. Las cosas se deben también renovar, porque perecen como otra cosa cualquiera. Si la casa que tenía un derecho de vista se derrumba por vieja ó es destruida ¿qué viene á ser el derecho de vista? El artículo 703 contesta que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse; pero el art. 704 agrega que reviven si las cosas se restablecen de manera que puedan volverse á usar. Así es que la servidumbre de vista revivirá si se reconstruyen las ventanas. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con el derecho de tener árboles á una distancia menor que la legal, cuando se renuevan los árboles? A este respecto se hacen las más singulares distinciones. El derecho de tener vistas, dice la corte de Bourges, es por su naturaleza continuo y aparente; luego reúne los dos requisitos para la prescripción de las servidumbres, y una vez que se adquiere ya no puede perderse; mientras que el hecho de tener árboles, sin observar distancias legales, exige el hecho actual del hombre, y constituiría, en consecuencia, una servidumbre discontinua (1). En verdad que esto nada tiene de serio. ¿Por ventura no se necesitan actos del hombre para construir y reconstruir una cosa? ¿no se hacen las plantaciones con un espíritu de perpetuidad lo mismo que los edificios? ¿acaso la servidumbre no se ejerce por sí misma en el sentido de que consiste en tener y conservar árboles sin observar distancia? Los autores agregan á estas distinciones sutilezas igualmente inadmisibles. La casa, dicen ellos, se reconstruye en condiciones semejantes á las de la casa demolida; luego puede considerarse como que siempre es la misma, mientras que los árboles nuevos necesariamente son diferentes de los árboles antiguos á los que reemplazan, pueden tener más vigor y llegar á ser más

1 Bourges, 8 de Diciembre de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, número 661, 1°).

perjudiciales (1). Hay que preguntar ¿si es un árbol que tiene tal ó cual vigor el que se ha prescrito? ¿ó un árbol de tal esencia, de alto ó bajo tronco? La vista seguirá siendo idéntica si las ventanas tienen la misma altura y el mismo ancho, por más que el nuevo vidrio sea más claro, y por lo tanto, la servidumbre más onerosa. Lo mismo sucederá con los árboles, serán los mismos si son de la misma esencia, aunque uno se ponga vigoroso y el otro permanezca endeble.

El art. 665 viene en apoyo de nuestra doctrina: cuando se reconstruye una pared medianera ó una casa las servidumbres activas y pasivas continúan respecto de la nueva pared ó de la nueva casa. Esta disposición es general, y se aplica á todo género de servidumbres, así es que se la puede invocar por analogía cuando se trata del derecho de plantación. Esta es también una razón decisiva que no lo gran contestar las sentencias. La corte de casación de Bélgica dice que el art. 665 establece un derecho excepcional (2). Este es un descuido que se ha escapado á nuestra magistratura suprema; tan no es una excepción la disposición, que se ha dicho que es inútil, supuesto que no hace más que aplicar el principio general establecido por el art. 704. Hallamos el mismo error en una sentencia de la corte de Tolosa (3), la cual se prevale de que el principio no recibe aplicación en materia de usufructo. ¿Y qué importa? Se trata no de usufructo, sino de servidumbres reales, y el art. 704 es tan explícito, que nos parece inútil insistir.

Los arts. 665 y 704 contestan aún á otra objeción que

1 Durantón, t. 5º, p. 430, núm. 491. Demolombe, t. 11, p. 561, número 501.

2 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Junio de 1846 (*Revue* 1847, 1, 112).

3 Tolosa, 1º de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 330).

se encuentra en las mismas sentencias (1). La liberación de los predios es favorable, dicese, y la prescripción es de estricta interpretación; dos argumentos que conducen á la misma consecuencia, á saber, que una vez cortados los árboles no pueden reemplazarse con una nueva plantación. Sin duda que la libertad de los predios es favorable, lo que no impide que la ley favorezca las servidumbres, hasta el punto de que las hace revivir, según la expresión del art. 704. Si todas las servidumbres reviven ¿por qué ha de ser de otra manera respecto de las plantaciones? Se necesitaría una excepción del art. 704, y esta excepción no existe. La argumentación que se nos opone se vuelve, pues, contra la opinión que estamos combatiendo: crea realmente una excepción sin texto y sin motivos suficientes tomados de la naturaleza misma de la servidumbre (2).

Debemos agregar que la opinión contraria no solamente está consagrada por la jurisprudencia, sino que ha recibido una especie de sanción legislativa. En Francia, la ordenanza reglamentaria del código forestal (1º Agosto de 1827) establece que: "las plantaciones ó reservas destinadas á reemplazar los árboles actuales de lindero se efectuarán atrás de la línea de demarcación de los bosques, á la distancia prescrita por el art. 671 del código civil," artículo 176. Esto no impide que la cuestión permanezca intacta bajo el punto de vista del derecho privado, pero esa es una autoridad en favor de la opinión general.

14. Hay, además, alguna dificultad concerniente al destino del padre de familia. En la teoría del código civil, este destino equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes, es decir, que estas servidumbres se

1 Compárese, Rennes, 19 de Junio de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, número 636).

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 2º, pág. 215, nota 20. El único autor que parece pronunciarse en pró de la opinión que hemos sostenido es Mourlon, tít. I, pág. 788, nota.

adquieren por destino del padre de familia. Se pregunta si el derecho de mantener los árboles á una distancia menor que la legal, puede establecerse por destino. La decisión depende de la opinión que se adopte acerca de la naturaleza de ese derecho. Si se considera la prohibición de plantar como una servidumbre de la que se libra al predio por la prescripción de treinta años, debe rechazarse el destino del padre de familia; en efecto, el destino no es un modo de extinción de las servidumbres, sino un modo de adquirir las servidumbres continuas y aparentes (1). Según nuestra opinión la cuestión no es dudosa. La prohibición de plantar, establecida por el art. 671 no es una servidumbre, sino una de esas restricciones que la propiedad recibe en el estado de sociedad, es decir, una condición general de la propiedad. Se puede por prescripción adquirir el derecho de mantener los árboles plantados á una distancia menor que la legal; luego con mayor razón se puede adquirir este derecho por título. Puesto que se trata de adquirir una servidumbre en el predio del vecino, hay lugar á aplicar el art. 692, porque la servidumbre es continua y aparente. Esta doctrina ya era adoptada en el antiguo derecho, lo que implica que no se consideraba como servidumbre la prohibición de plantar (2). Se halla también consagrada por la jurisprudencia bajo el imperio del código Napoleón, lo que lógicamente conduce á la opinión que hemos enseñado acerca del carácter de las servidumbres llamadas legales (3).

Distinta es la cuestión de saber si el derecho de reemplazar árboles plantados á una distancia menor que la le-

1 Hay un fallo en este sentido del tribunal de Beaune, 3 de Julio de 1851 (Daloz, 1854, 1, 233).

2 Rennes, 3 de Julio de 1813 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 659).

3 Bastia, 3 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 85); París, 15 de Junio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 199). Aubry y Rau, t. 2º, pág. 216, nota 22.

gal puede adquirirse por el destino del padre de familia. En la opinión general, se admite que el título sólo puede establecer ese derecho (1). Si se puede adquirir este derecho por título, ¿por qué no por destino, supuesto que el destino equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes? A decir verdad, ésta es una convención tácita y ¿por qué ésta no había de tener el mismo efecto que una expresa? En vano buscamos una razón jurídica para esta diferencia. En una sentencia de la corte de casación se lee que el art. 692, aun aplicándolo á la liberación tanto como á la adquisición de ciertas servidumbres, tendría únicamente por efecto, dar al adquirente el derecho de conservar los árboles existentes á la distancia prohibida, á la hora de la separación de los predios primitivamente reunidos en manos del padre de familia que de ellos ha dispuesto; pero que este derecho no podría extenderse á los árboles plantados, sembrados ó crecidos desde aquella época (2). La corte de casación no resuelve sino por hipótesis. En su opinión, acerca de la naturaleza de la servidumbres legales, ella no deb'a vacilar. Supuesto que la prohibición del art. 671 es una servidumbre, se trata de librar al fundo de una servidumbre; ahora bien, el código civil no coloca el destino del padre de familia entre las causas de extinción de las servidumbres; luego era rechazarlo de una manera absoluta, en lugar de admitirlo hipotéticamente. Pero una sola vez que se le acepta, equivale á título, constituye un título, y ¿por qué éste título no había de poder dar el derecho de renovar las plantaciones? Tal es la verdadera dificultad, y la corte la resuelve por una simple afirmación: pero afirmar no es probar. El

1 Véanse las autoridades citadas en Aubry y Rau, tomo 2º, página 216, nota 22.

2 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 233).

destino implica una idea de perpetuidad; luego cuando el padre de familia planta, es con la voluntad de mantener sus plantaciones, y sólo se pueden mantener renovándolas. Luego hay plantación con intención de reemplazar los árboles: este es decisivo.

*Núm. 3. Derecho del vecino en cuanto á las ramas y las raíces.*

15. El árbol puede invadir el predio del vecino cuando el tronco, las ramas ó las raíces se extienden hasta aquél. Según los términos del art. 672, aquél sobre cuya heredad se adelantan las ramas puede obligar al vecino á que las corte; si son raíces, tiene derecho á cortarlas él mismo. En cuanto al tronco del árbol, puede exigir que se arranque, si no está plantado á la distancia legal. Luego si el árbol se ha plantado á la distancia legal, no se le puede arrancar, aun cuando se extendiese por el predio del vecino. En efecto, la plantación en este caso es un hecho legal, y los actos en consonancia con la ley deben mantenerse. La ley ha tenido en cuenta el crecimiento que pueden alcanzar los árboles, y precisamente para impedir que invadan el predio del vecino es por lo que el art. 671 prescribe la distancia á la que pueden plantarse. Si, á pesar de haber observado esta distancia, los árboles se adelantan á la heredad contigua, éste es un suceso extraordinario, una especie de caso fortuito que cae sobre el propietario del predio, y del cual deja de ser responsable el plantador (1).

¿Por qué el código no da al vecino el derecho de cortar él mismo las ramas, así como tiene el de cortar las raíces? Conforme al rigor de los principios, debería tener ese derecho, porque, siendo propietario del suelo, lo es de lo que está encima ó debajo de éste, y puede destruir todo lo

1 Durantón, t. V, pág. 423, núm. 388.

que, encima ó debajo, estorba y viola su derecho absoluto de propiedad. La ley sanciona este derecho en cuanto á las raíces, y lo deroga en cuanto á las ramas. Esta es una de esas restricciones que los intereses de buena vecindad imponen á la propiedad. Si se hubiera permitido al vecino que cortase él mismo las ramas, habría podido por imprudencia ó por malicia degradar el árbol y hasta destruirlo. Este riesgo es de temerse menos respecto á las raíces. Por otra parte, la abstención se comprende en cuanto á las ramas, pero no se concibe en cuanto á las raíces; no se podía prohibir al propietario del suelo que lo cultivase.

16. ¿El art. 672 se aplica á los bosques? Bajo el imperio del código civil, la administración forestal ha sostenido vivamente la negativa, invocando el interés de la conservación de las selvas. Sus pretensiones fueron rechazadas por la jurisprudencia, y á fe que debían serlo. Siendo aplicable á los bosques el art. 671, la sanción establecida por el art. 672 debía también tener aplicación. No obstante, el código forestal, en cierta medida, satisface las exigencias de la administración, estableciendo que "los propietarios ribereños de bosques y selvas no podían prevalerse del art. 672 para la monda de los lindes de dichos bosques y selvas, si los árboles de esos lindes tenían más de treinta años, art. 150. Nuestro código forestal contiene una disposición análoga; pero mantiene el derecho común del código, al declarar aplicable el art. 672 á los árboles de los lindes de bosques y selvas (1). No se trata más que de bosques pertenecientes al Estado, á las comunas y á los establecimientos públicos. En cuanto á los bosques de los

1 Ley de 19 de Diciembre de 1854, art. 110, Durantón, t. 5º, página 432, núm. 393.

particulares, la aplicación del código civil no tiene duda alguna.

17 El art. 672, al dar al propietario del predio hacia el cual se adelantan las ramas, el derecho de mandarlas cortar, supone que el árbol se plantó á la distancia legal. Si se plantó á una distancia menor, el vecino tiene un derecho más riguroso y puede exigir que se arranque el árbol; con mayor razón si consiente en mantenerlo, puede pedir que se corten las ramas. Así, pues, cuando la ley da al vecino el derecho de mandar cortar las ramas, supone que el árbol plantado á la distancia legal debe mantenerse, y en este caso permite que se repriman las usurpaciones. El código no es del todo lógico. Desde el momento en que el propietario plantador se ha ceñido á la ley observando las distancias legales, debería tener el derecho de mantener el árbol en toda su integridad; la ley reconoce su derecho y lo sanciona en lo concerniente al cuerpo del árbol, y lo deroga en cuanto á las ramas y raíces. No hay razón jurídica para esta diferencia. Esta es una de esas transacciones entre el derecho y la equidad que el legislador hace para no turbar las relaciones de buena vecindad, normándolas según el rigor del derecho (1).

18. Los árboles han sido plantados á una distancia menor que la legal, en virtud de un título del destino del padre de familia ó de la prescripción. Estos árboles extenderán casi siempre sus ramas hacia el predio del vecino; ¿éste puede exigir que se corten? La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo, con excepción del disentiendo de Duranton, en reconocer este derecho al vecino. El derecho de plantar, dicese, no debe confundirse con el derecho de hacer avanzar las ramas sobre el predio vecino; el propietario puede tener uno de estos derechos y no te-

1 Duranton, t. 1º, p. 437, núm. 397; Demolombe, t. 11, p. 570, número 506; Aubry y Rau, t. 2º, p. 216 y nota 23.

ner el otro. Lo que lo prueba, es que al plantar á la distancia legal usa de su derecho de propiedad; la plantación es el ejercicio de un derecho, y no obstante, él puede ser obligado á cortar las ramas que se adelantan hacia el predio del vecino. Pues bien, cuando él planta á una distancia menor, en virtud de un derecho cualquiera, la posición sigue siendo la misma, ejerce también el derecho de plantar, sólo que tiene la facultad de hacerlo á una distancia más cercana; pero este derecho de plantar no le confiere el de hacer adelantar las ramas hacia el predio del vecino; luego éste puede exigir que se corten (1).

Si el art. 672 fuese una disposición de principio, esta argumentación sería irreprochable. Pero acabamos de decir, núm. 17, que el art. 672 más bien deroga el rigor de los principios. El que tiene el derecho de plantar un árbol debería tener el de mantenerlo con todas sus ramas y todas sus raíces, ¿pues acaso puede haber un árbol sin raíces y sin ramas? La ley deroga el rigor de los principios por interés de la buena vecindad. Luego ésta es una excepción, lo que cambia la tesis. Una excepción no es extensible; el art. 672 norma las relaciones de las partes por todo el tiempo que los vecinos mismos no las han arreglado. Pero desde el momento en que hay título, destino del padre de familia ó prescripción, hay una manifestación de voluntad que cambia completamente la posición de las partes. En efecto, el art. 672 arregla el ejercicio del derecho de propiedad; mientras que el título, el destino ó la prescripción establecen una servidumbre á cargo de la heredad contigua. Luego la cuestión debe resolverse, ya no según el derecho común del art. 672, sino según los principios que rigen las servidumbres. Pues bien, según estos principios se llega á una consecuencia muy diferente.

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 216, nota 24.