

cho de hablar á nombre del predio; ahora bien, el propietario solo tiene este derecho, y aquél cuya propiedad está resuelta jamás ha sido propietario. No insistimos, porque no consideramos dudosa la cuestión (1).

Núm. 4. Modalidad.

171. ¿Las servidumbres pueden establecerse á plazo ó con condición? El derecho romano lo admitía, por medio de una excepción de dolo. En derecho moderno, ya no existe la necesidad de esa excepción. Es de principio que las partes interesadas pueden hacer los convenios que estimen oportunos. El art. 686 aplica este principio á las servidumbres, y sólo pone una restricción que resulta del derecho común: "con tal de que los servicios nada tengan de contrario al orden público." Ahora bien, el orden público no entra en la cuestión cuando se trata de un término ó de una condición (2).

Por aplicación de este principio, debe resolverse que se puede establecer una servidumbre en un predio que se propone uno adquirir. Esta es la opinión general (3). Hay, sin embargo, un ligero motivo para dudar. El art. 1174 dice que: "toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte del que se obliga." ¿Y acaso no hay condición potestativa en el caso de que se trata, puesto que el que promete la servidumbre es libre para adquirir ó no adquirir el predio sobre el cual ha de constituirse la servidumbre? Se contesta, y la respuesta es decisiva, que sin duda, el que promete es libre para no comprar, pero si compra, no es libre para no

1 Duranton, t. 5º, p. 563, núms. 554, 555. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 254, núm. 758; según Demante, t. 2º, p. 654, número 560 bis.

2 Demolombe, t. 12, p. 209, núm. 703.

3 Toullier, t. 2º, p. 260, núm. 578. Duranton, t. 5º, p. 485, núm. 443.

establecer servidumbre en el predio, porque la servidumbre existe á su pesar; luego está ligado, y por lo tanto, no hay condición potestativa.

En un caso que se presentó ante la corte de Montpellier, se hizo otra objeción; se atacó el convenio como celebrado únicamente en favor de la persona. En virtud de antiguas escrituras, los habitantes de una comuna habían estipulado el derecho de servirse de las aguas de canal, para las tierras que les pertenecían en esa comuna, así como para todas las que pudieran poseer fuera de su territorio. Se les disputó este último derecho, porque estando estipulado para predios que los habitantes no poseían todavía, la estipulación se había hecho realmente por consideraciones puramente personales, lo que es contrario al art. 686, el cual no permite que se estipulen servicios prediales en favor de la persona. La objeción no era seria; todo lo que hay de personal en la constitución de una semejante servidumbre, es que se necesita ser habitante de la comuna para aprovecharse de ella; por lo demás se ha estipulado, no para uso de las personas, sino para utilidad de las heredades. Es una servidumbre condicional y nada impide que se constituya una servidumbre con condición (1).

§ II.—DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.

Núm. 1. Definición.

172. Según los términos del art. 692, "el destino del padre de familia equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes." Este principio está tomado de las costumbres de Orleans y de París, las cuales declaraban que "el destino del padre de familia equivale á título." Pothier va á decirnos lo que se entiende por esto.

1 Montpellier, 29 de Junio de 1849 (Daloz, 1851, 2, 214).

Dos heredades pertenecen al mismo dueño, él emplea uno de los predios al servicio del otro, practicando, por ejemplo, vistas en una casa que caen hacia otra heredad. Mientras los dos predios permanezcan en las mismas manos, el servicio que uno de ellos presta al otro no es servidumbre, porque nadie puede tener servidumbre en su propia cosa: esto es *destino del padre de familia*. ¿Cómo es que este destino, que no es más que el ejercicio del derecho de propiedad, puede volverse una servidumbre? Si dichas heredades, continúa Pothier, llegan á pertenecer á diferentes dueños, sea por la enagenación que el propietario hace de uno de los predios, sea por la partición que tiene lugar entre sus herederos, el servicio que una de las heredades sacaba de la otra se vuelve un derecho de servidumbre, sin que para la enagenación ó para la partición se necesite que dicha servidumbre se haya expresamente constituido (1).

¿Cómo es que una servidumbre nace, de derecho pleno, en el momento en que se separan los dos predios? Ateniéndose al proverbio del antiguo derecho, destino equivale á título, podría creerse que la servidumbre nace de la voluntad tácita del propietario que ha destinado uno de los predios al servicio del otro y que quiere que las cosas continúen subsistiendo en el mismo estado. Esto así se ha dicho (2). A nosotros nos parece que esa manera de explicar el proverbio no da cuenta de su verdadero sentido. *Destino equivale á título*, dicen nuestras antiguas servidumbres. ¿Y cuándo hay título? Cuando, como lo dice Pothier, las partes interesadas convienen "expresamente" en que las cosas se quedarán en el estado en que las había puesto el propietario, y serán mantenidas á título de servidumbre. ¿Se necesita para esto un convenio expreso? Nó, con-

1 Pothier, "Costumbre de Orleans," art. 228.

2 Durantón, t. 5º, p. 575, núm. 568.

testa Pothier, porque los predios se vendieron en el estado en que se encuentran, y pasa lo mismo con la partición. Así, pues, la voluntad de las partes es, á menos que expresen lo contrario, que continúe el servicio establecido por el antiguo propietario en provecho de uno de los predios, pero como los predios pertenecen en lo de adelante á dueños diferentes, el servicio se hace ya no á título de propiedad, sino á título de servidumbre, que es como puede hacerse. En este sentido es como las costumbres asimilaban el destino al título; hay, en efecto, analogía completa; el título es un convenio expreso, y el destino un convenio tácito. Síguese de aquí que la servidumbre nace, no de la voluntad exclusiva del propietario que ha destinado uno de los predios al servicio del otro, sino del concurso de voluntades de los que toman parte en el contrato por el cual se opera la división de los predios. En caso de partición, habiendo muerto el propietario, su voluntad no entra para nada en el establecimiento de la servidumbre; él no interviene sino por el destino que ha dado á los predios (1).

173. Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre el título y el destino del padre de familia, como más adelante lo diremos. Por el momento, se debe insistir en el principio jurídico que da origen á la servidumbre por causa de destino, y no hay otro más que el concurso de voluntades de las partes contrayentes. Pero su consentimiento no es tácito, de donde se infiere que si ellas se han explicado acerca de la existencia de las servidumbres, la hacer la enagenación ó partición, la cuestión no puede ser de destino del padre de familia, porque no puede tratarse de voluntad tácita cuando las partes han manifestado su voluntad de una manera expresa. Luego si surge entre ellas un debate sobre las servidumbres, quedará evacua-

1 Compárese Demolombe, t. 12, p. 318, núm. 804 y p. 323, número 809.

do por los títulos y no por los arts. 692 y 693. Ni asomo de duda hay acerca de este punto, y sin embargo, la cuestión se ha llevado en varias ocasiones ante la corte de casación, y en todas ha recibido la sanción que acabamos de darle (1).

174. ¿Cuándo hay destino de padre de familia? El artículo 693 contesta: "No hay destino de padre de familia sino cuando se prueba que los dos predios actualmente divididos han pertenecido al mismo propietario, y que por él han sido puestas las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre." Así, pues, la primera condición que se requiere para que haya destino es que el *propietario* haya destinado uno de los predios al servicio del otro. Déjase entender que los inquilinos y arrendatarios no pueden establecer un destino del padre de familia: no teniendo ningún vínculo con el predio, ninguna calidad tienen para destinar uno de los predios al servicio del otro. ¿Qué debe decirse del usufructuario? En la opinión que nosotros hemos enseñado, no hay duda alguna. No pudiendo el usufructuario establecer una servidumbre en los predios de que disfruta, tampoco tiene el derecho de dar á éstos un destino de donde nazca una servidumbre. Esto lo aceptan todos, aun aquellos que enseñan que el usufructuario puede constituir una servidumbre por título. Demolombe dice muy bien que no teniendo el usufructuario más que un derecho temporal, no puede tener la mente de perpetuidad que exige el destino (2). ¿Pero acaso no toda servidumbre implica una idea de perpetuidad? y si el usufructuario no puede concurrir tácitamente al establecimiento de una servidumbre por destino, porque le falta el espíritu de perpetuidad, ¿cómo había de tener el derecho

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Abril de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1004, 5^o) y de 15 de Enero de 1839 (*ibid.*, número 1015, 2^o).

2 Demolombe, t. 12, p. 325, núm. 811.

de establecer por su voluntad expresa una servidumbre que exige este mismo espíritu de perpetuidad? La contradicción nos parece patente.

175. Los autores están de acuerdo en exigir una segunda condición que no está escrita en el texto de la ley: se necesita que el servicio que uno de los predios presta al otro tenga un carácter de perpetuidad. Dumoulin lo dice ya en su comentario sobre la costumbre de París. El código, dice el relator del Tribunado, no tenía necesidad de enunciar esta condición, porque ella es una consecuencia necesaria del conjunto de su teoría (1). En efecto, el destino, ó el servicio que uno de los predios presta al otro, es una de las causas que conducen al establecimiento de las servidumbres; ahora bien, toda servidumbre se crea con una mente de perpetuidad; es una modificación de la perpetuidad, permanente como ésta misma. La misma palabra *destino* implica una idea de perpetuidad en el lenguaje jurídico. Hay objetos mobiliarios que se vuelven inmuebles por destino; el propietario sólo tiene el derecho de inmovilizar cosas mobiliarias, sea fijándolas á perpetuidad á un predio, sea colocándolas en éste para su explotación. ¿Por qué el propietario solo tiene este derecho? Porque él solo puede proceder á nombre y por interés del predio, aun cuando no hiciere más que trabajos temporales. Con mayor razón él solo tiene calidad cuando se trata de imprimir á los predios una modificación definitiva y permanente.

Síguese de aquí que si se establece un servicio entre dos predios, no para utilidad de éstos, sino en vista de consecuencias personales, para facilitar relaciones de familia y de vecindad, no hay destino, y por consiguiente, si los predios se reparan, no nacerá servidumbre; una causa pa-

1 Albisson, Informe rendido al Tribunal, núm. 16 (Loché, t. 4^o, p. 190).

sajera no puede producir sino un efecto igualmente pasajero (1). Así es que siempre hay una cuestión de hecho por examinar. No basta que uno de los predios preste un servicio al otro, se necesita que ese servicio constituya un estado de cosas permanente, colocando una de las heredades en un estado de dependencia respecto á la otra (2). A los tribunales corresponde apreciar los hechos y las circunstancias.

176. ¿Se necesita que haya dos predios distintos? El artículo 693 parece exigirlo: debe haber dos predios actualmente divididos, y se necesita que estos predios hayan pertenecido al mismo propietario antes de su división. Seguiríase de aquí que si el propietario de un solo predio hiciese servir una parte de éste para otro, y si en seguida se dividiera el predio por una enagenación ó por una partición, no habría destino ni servidumbre. Esta interpretación es inadmisibile: que el propietario de una casa practique ventanas de aspecto en su pared, y que en seguida venda el patio hacia el cual miran dichas ventanas ¿no hay en esto todos los elementos que constituyen el destino, tanto como si las ventanas se hubieran abierto en un terreno separado? Sin duda que si el texto fuera formal, habría que ceñirse á él, pero la ley no exige, como condición del destino, que haya dos predios. Todo lo que el art. 693 quiere, es que haya dos predios actualmente divididos, y que en otro tiempo hayan pertenecido á un solo y mismo propietario; no se prescribe que desde entonces los predios hayan constituido heredades distintas. Lo que constituye el destino, es la intención del propietario de consagrar una parte de su predio al servicio del otro; desde el momento en que existe dicha intención, hay

1 Bruselas, 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 297).

2 Lieja, 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 283).

destino. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto (1).

177. El art. 693 exige además otra condición para que haya destino del padre de familia; quiere que las cosas hayan sido *puestas* en el estado del cual resulta la servidumbre por el propietario al cual han pertenecido los dos predios actualmente divididos. Parece resultar de esto que el destino debe ser establecido por el propietario que ha reunido las dos heredades y durante esta reunión. De donde se seguiría que si el estado de las cosas fuese preexistente á la reunión, y el propietario lo hubiese mantenido, no habría destino. ¿Esta interpretación rigurosa del texto corresponde al espíritu de la ley? Si al reunirse en unas solas manos los dos predios, una de las heredades presta un servicio á la otra, y si el propietario mantiene este estado de cosas ¿no puede decirse que él destina uno de los predios al servicio del otro? ¿Qué importa que él *deje* las cosas en el estado en que se hallaban ó que las *ponga* en él? Se tiene al padre de familia, dice Toullier, por haber puesto las cosas en ese estado, cuando, pudiendo cambiarlo, no lo ha hecho. Es claro que la intención de destinar uno de los predios al servicio del otro es tan evidente en el primer caso como en el segundo. Y aun puede ser más evidente. Por lo común, cuando el destino preexiste á la reunión de las dos heredades en manos de un solo propietario, hay servidumbre, y ésta se extinguirá por la confusión; pero si el propietario mantiene el servicio ¿no manifiesta con esto la voluntad de que lo que era servidumbre siga siendo un servicio permanente y perpetuo? ¿Y si el servicio era una servidumbre antes de la reunión de los dos predios, no es natural que vuelva á ser

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 83 y nota 1ª, y las autoridades que citan. Sentencia de denegada apelación, de 26 de Abril de 1837 y de 24 de Febrero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1021, 1º y 1022). Bruselas, 18 de Agosto de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, p. 107).

una servidumbre después de su separación? La circunstancia de que el destino preexistía á título de servidumbre no deja ninguna duda acerca de la intención del propietario, mientras que sí puede haber duda cuando él es el primero que ha creado el estado de cosas que constituye el destino (1).

178. Los predios deben estar divididos: así es que la servidumbre nace al hacerse la división, y entonces únicamente es cuando puede nacer, supuesto que hasta ese momento el servicio que una de las heredades prestaba á la otra era el ejercicio del derecho de propiedad. En el momento mismo en que los predios se dividen, la servidumbre nace, importando poco la causa de la división. Las causas habituales son la enagenación de uno de los predios ó de los dos, y la partición. Habría servidumbre por destino, aun cuando la venta fuese forzada (2). Podría creerse que la venta forzada excluye el consentimiento del propietario, y por consiguiente, el destino. Nó, en la venta forzada hay también consentimiento, supuesto que hay contrato. Por otra parte, el destino no reposa en el consentimiento dado al hecho jurídico que provoca la división de los predios, se funda en el mantenimiento del destino, del servicio que uno de los predios presta al otro. Cuando los predios están divididos, no hay ningún consentimiento al antiguo propietario, y hay, no obstante, servidumbre por destino.

179. La jurisprudencia exige, sin embargo, una condición concerniente á la división de los predios, y es que el propietario que ha establecido el destino, haya tenido la

1 Esta es la opinión adoptada con más generalidad. Aubry y Rau, t. 3º, p. 84, y nota 2. Burdeos, 21 de Febrero de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1017). En sentido contrario, Duranton, t. 5º, página 577, núm. 570 y Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 276, nota a.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 84 y nota 4. Compárese sentencia de casación, de 30 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 17).

propiedad irrevocable de los dos predios (1). Si ha hecho servir uno de los predios al otro, cuando sólo tenía una propiedad revocable, resoluble ó anulable de una de las heredades, y si en seguida hay revocación, resolución ó anulación, no había destino. En apariencia, podría creerse que los dos predios han pertenecido al mismo propietario, y que están actualmente divididos; en realidad, como se considera que quien ha establecido el servicio jamás ha sido propietario de uno de los predios, no ha habido ni reunión ni división de las heredades, ni por consiguiente, derecho para destinar uno de los predios al servicio del otro. Así es que faltan todas las condiciones del destino.

Del mismo modo se ha fallado que no hay destino del padre de familia cuando el hecho jurídico que opera la división no constituye más que una devolución temporal de goce; tal sería una donación como anticipo de herencia. El informe reduce á la nada el traslado de propiedad, para no dejar más que un goce de los frutos al donatario; pero estando considerada la donación, en derecho, como que nunca ha existido, tampoco ha habido legalmente división de los predios, es decir, que se tiene á las partes por no haber querido perpetuar un servicio á título de servidumbre, cuando la separación de donde nace la servidumbre no es más que temporal (2).

180. Se presenta una última cuestión á propósito de la división de las heredades. El propietario vende la heredad en su conjunto, sin fraccionarla, á varios adquirentes. No es posteriormente á la venta cuando los adquirentes dividen entre sí el inmueble. ¿Había servidumbre por destino si una parte del predio presta servicio á la otra? Se ha fallado que la división debía ser un hecho del propietario mis-

1 París, 11 de Abril de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, p. 1016).

2 Bastia, 17 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 211).

mo que ha establecido el estado de cosas de donde debe resultar la servidumbre (1). El código no dice esto. En caso de partición por los herederos del propietario, la división no procede ciertamente de él. Poco importa, por otra parte, de donde proceda la división, con tal que los que la hacen mantengan el servicio que las partes divididas se prestaban antes de la división. En el caso resuelto por la corte de Lieja, uno de los adquirentes había hecho trabajos que habían cambiado notablemente el estado de los sitios. La sentencia insiste acerca de este punto. Sin duda que si el servicio fuere posterior á la división, ya no podría tratarse de destino ni de servidumbre, se necesita que el servicio exista al hacerse la división, y que en este momento el consentimiento tácito de las partes contrayentes lo mantenga. Pero si el estado de las cosas existentes al hacerse la división constituyese un destino del padre de familia, la servidumbre nacería inmediatamente, aun cuando uno de los adquirentes hiciere después innovaciones, salvo el aplicar el art. 701 que norma los derechos y las obligaciones que resultan del establecimiento de una servidumbre.

181. El que invoca el destino del padre de familia, á guisa de título, debe probar que los requisitos de la ley existen si la cosa es disputada. ¿Cuál es el objeto preciso de la prueba? ¿y cómo se rinde ella? Según el art. 693, el actor debe probar, en primer lugar, que los dos predios actualmente divididos han pertenecido al mismo propietario; en seguida, que por él se *pusieron* las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre, ó si se adopta nuestra interpretación, que él las ha *dejado* en ese estado. ¿Esta doble prueba puede hacerse por testigos? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. La duda se remonta al antiguo derecho. La primera redacción de 1 Lieja, 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisja*, 1870, 2, 283).

la costumbre de París no existía escrita, mientras que la nueva redacción dice (art. 216): "Destino del padre de familia equivale á título, cuando es, ó ha sido por escrito, y no de otra manera." Ferrière dice que sin escrito habría mucho abuso, que todas las empresas llevadas á cabo clandestinamente estarían sostenidas por el destino. Este motivo cae por tierra cuando las servidumbres son aparentes, ó como se decía en otro tiempo, cuando las cosas son visibles. Por esto, á pesar de los términos absolutos de la costumbre, los intérpretes admitían la prueba testimonial cuando no había ningún riesgo de fraude (1).

Los autores del código civil no han reproducido la disposición de la costumbre que exigía un escrito. ¿Debe inferirse que han dado á entender que aceptaban la prueba testimonial? (2). La conclusión nos parece demasiado absoluta y poco jurídica. Existen reglas generales acerca de las pruebas en el título de las *Obligaciones*, deben recibir su aplicación á todos los casos en que la ley no hace una derogación formal. ¿Qué es lo que prueba, pues, el silencio del art. 692? ¿Qué está mantenido el derecho común. Así, pues, la cuestión debe resolverse conforme á los principios generales. Hay acuerdo en admitir la prueba testimonial para establecer que el estado de las cosas de donde resulta la servidumbre existía antes de la separación de los dos predios. En efecto ¿qué cosa es ese *estado de las cosas* de que habla el art. 693? Trabajos ejecutados en uno de los predios: tal sería una ventana de aspecto practicada en la pared de un edificio. Ahora bien, éstos son hechos materiales que es permitido probar indefinidamente por medio de testigos, sea cual fuere el valor pecuniario del litigio, como lo diremos en el título de las

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, página 1771, núm. 2.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 238, núm. 353.

Obligaciones. Queda la segunda prueba: que los dos predios han pertenecido á la misma persona. ¿Es esto un hecho jurídico que cae bajo la aplicación del art. 1341, ó es un hecho puro y sencillo? Pardessus dice que es un hecho jurídico, porque se trata de una cuestión de propiedad; ahora bien, la propiedad se establece por medio de títulos, que se pueden y se deben comprobar por escrito. Esto es muy cierto cuando el que se pretende propietario es el que pide rendir prueba de su derecho; y aun precisa hacer una excepción si él alega la prescripción, porque la posesión se prueba siempre por testigos. Pero en el caso presente no se trata de una cuestión de reivindicación: es un adquirente ó un co-partícipe el que pide probar que dos predios han sido reunidos en manos de un solo y mismo propietario; á ese respecto, esta circunstancia no constituye un hecho jurídico, sino un hecho material. Por otra parte, él es el tercero, el puede estar en la imposibilidad de procurarse la prueba literal del hecho de que los dos predios han pertenecido á un mismo propietario; luego puede invocar la excepción del art. 1348. En definitiva, la prueba testimonial será admisible, no en virtud del artículo 692, sino por aplicación de los principios generales que rigen esta prueba (1).

Núm. 2. Cuales servidumbres pueden adquirirse por destino.

182. Según los términos del art. 692, el destino del padre de familia equivale á título, pero únicamente respecto á las servidumbres continuas y aparentes. ¿Por qué exige la ley la doble condición de la apariencia y de la con-

1 Toulhier, t. 2º, p. 677, núms. 610 y 611. Demolombe, t. 12, p. 326, núm. 812. Aubry y Rau, t. 3º, p. 85 y nota 6. En sentido contrario, Pardessus, t. 2º, p. 122, núms. 290 y 291, y Delvincourt, t. 1º, página 165, nota 7.

tinuidad? Estas condiciones se derivan de la misma naturaleza del destino. Este se funda en el consentimiento tácito de las partes interesadas, consentimiento que interviene en el momento en que se dividen dos predios, de los cuales uno se ha destinado á que preste un servicio al otro; el consentimiento resulta de la voluntad que tienen las partes interesadas en mantener ese estado de cosas; ahora bien, estas partes son extrañas á los trabajos que han producido el destino; éste es un adquirente ó un co-partícipe. Para que pueda decirse que ellos consienten en mantener el destino, antes que todo se necesita que conozcan ese destino; luego es preciso que lo vean; de aquí la condición de la apariencia. Si el servicio que uno de los predios presta al otro no es aparente, no puede decirse que las partes interesadas concientan en mantenerlo á título de servidumbre, puesto que ningún signo exterior les revela existencia de ese servicio, é ignorando que existe, no pueden tener la intención de perpetuarlo.

Es más difícil darse cuenta de la segunda condición, la de la continuidad. Se practica un paso entre dos predios que pertenecen al mismo propietario, paso que se anuncia por medio de una puerta ó de un camino. Se separan los dos predios; las partes interesadas mantienen la puerta y el camino: no nacerá servidumbre. ¿Por qué? Porque hay duda acerca de la intención de las partes; ellas conservan el paso, pero ¿con qué título? Puede ser por tolerancia, por relaciones de buena vecindad. Puede ser también á título de servidumbre. En la duda no se podía admitir la voluntad de establecer una servidumbre por consentimiento tácito, porque no existe éste sino cuando es imposible dar otra interpretación al hecho de donde puede inferirse el concurso de voluntades. [En materia de servidumbre, sobre todo, es preciso que haya dudas acerca de la voluntad de construir, porque está en juego la libertad de