

las heredades; en las dudas debe uno pronunciarse por la libertad contra la servidumbre.

183. Se ha fallado que una servidumbre de acueducto podía establecerse por destino, por más que las aguas estuviesen conducidas por canales subterráneos. En el caso al debate, existían obras exteriores á la entrada y á la salida del acueducto, y la derivación de las aguas era patente; así, pues, ninguna duda había acerca del carácter aparente de la servidumbre (1). La servidumbre de derrame es igualmente aparente y continua; el art. 688 la coloca entre las servidumbres continuas, lo mismo que la de acueducto; en cuanto á la apariencia, es una cuestión de hecho (2). Se ha fallado que el derrame de las aguas pluviales es una servidumbre aparente, supuesto que se manifiesta por la disposición del techo en voladizo hacia la heredad vecina (3). Antes hemos dicho (núm. 142) que la servidumbre de indemnización ó de sumersión ha sido declarada no aparente, porque ninguna obra exterior anuncia su existencia.

Se ha sostenido que una servidumbre de toma de agua es continua y aparente cuando se ejerce mediante una bomba que se halla en el predio dominante, bomba que comunica mediante un tubo con el pozo del vecino. El texto mismo del código rechaza tal pretensión, puesto que el art. 688 coloca el derecho de toma de agua entre las servidumbres discontinuas; en efecto, aun cuando la toma de agua tenga lugar por medio de una bomba, se necesita tan á menudo como se saque agua, que intervenga el hecho del hombre, lo que hace discontinua la servidumbre (4).

La servidumbre de no edificar más arriba da lugar á un

1 Sentencia de denegada apelación, 20 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1010).

2 Burdeos, 1º de Febrero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 417).

3 Bruselas, 18 de Abril de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, p. 107).

4 Bruselas, 25 de Noviembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 22).

debate más serio. Es claro que considerada en sí misma, esta servidumbre no es aparente; pero en el caso no era reclamada como servidumbre principal. El adquirente de un inmueble había estipulado sobre el predio contiguo perteneciente á su heredad unas ventanas destinadas á dar á su predio aire y luz. Pretendió que este convenio implicaba una servidumbre de no edificar, servidumbre que en el caso se anunciaba por ventanas de aspecto. Habiéndose mantenido las ventanas al separarse las dos heredades, resultaba de esto, según él, que la servidumbre de no edificar era aparte. Este medio no halló favor ante la corte de casación, ella lo rechazó resolviendo que la servidumbre *altius non tollendi* no es aparente, de donde se sigue que no puede establecerse por destino (1). Había otro motivo perentorio para desechar el recurso. En el caso existía un título que establecía una servidumbre de vista. Por lo mismo, la cuestión ya no era del destino del padre de familia; cuando hay voluntad expresa ya no se puede alegar una voluntad tácita. Así, pues, se podía contestar al actor: reclama la servidumbre *altius non tollendi* como de accesorio ó dependencia de la servidumbre de vista, y el título decidirá; y en presencia del título ya no puede haber cuestión de destino. Si reclama esa servidumbre en virtud del signo aparente de las ventanas, su pretensión es inadmisibile, supuesto que la servidumbre *altius non tollendi* jamás es aparente.

Núm. 3. Del caso previsto por el art. 694

184. El art. 694 dice: "Si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre dispone de una de ellas sin que el contrato contenga ningún convenio tácito relativo á la servidumbre, continúa ésta existiendo activa ó pasivamente en favor del pre-

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 85, nota 9.

dio enagenado ó sobre el predio enagenado." Esta disposición ha dado margen á varias controversias, no hay menos de cinco interpretaciones diferentes (1). Hacemos á un lado las opiniones que se han abandonado: ¿para qué combatir doctrinas que ninguno piensa ya sostener? La lucha verdadera está entre la explicación dada por Albisson, el relator del Tribunado, y el sistema consagrado por la jurisprudencia constante de la corte de casación de Francia. No vacilamos en pronunciarnos á favor de la opinión de Albisson contra la jurisprudencia francesa.

Una heredad debe un servicio á otra, quiere decir que está gravada con una servidumbre; si los dos predios se reúnen en una misma mano, la servidumbre se extingue por confusión, aun cuando el predio en otro tiempo sirviente quede afecto al servicio del predio en otro tiempo dominante; este servicio se hace ahora á título de propiedad. Después el propietario dispone de una de las dos heredades, sin que se haga mención ninguna de servidumbre en la escritura de enagenación. Nace entonces la cuestión de saber si continúa la servidumbre, ó por mejor decir, si revive. El derecho romano decidía la cuestión negativamente. Como la servidumbre realmente estaba extinguida, precisaba una declaración expresa de voluntad para hacerla revivir. El código civil mantiene este principio. Pero hace excepción cuando existe un signo aparente de servidumbre; la reserva ya es necesaria en este caso, dice el relator del Tribunado, porque la cosa habla por sí misma. Luego si entre las dos heredades existe un signo aparente de servidumbre, el silencio de las partes no impide que subsista la servidumbre, activa ó pasivamente, en favor del predio enagenado ó sobre el predio enagenado (2).

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 85, nota 9.

2 Albisson, Informe rendido de Tribunales, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 190).

Tal es la aplicación de Albisson. El art. 694 interpretado de esta manera se concilia perfectamente con los artículos 692 y 693. Estos preveen el caso en que una servidumbre se establece por destino del padre de familia, y exigen que la servidumbre sea á la vez continua y anuncie su existencia; de suerte que una servidumbre de paso que se manifiesta por una puerta, cae bajo la aplicación del art. 694; ella revive si, después de haberse extinguido por la confusión, ésta llega á cesar. Pero no puede establecerse por destino del padre de familia en virtud de los arts. 692 y 693, supuesto que es discontinua.

Esta opinión, adoptada por Zachariæ y Pardessus (1), no tiene á su favor más que una sentencia de la corte de Lyon, y algunas de la corte de Bruselas (2); está muy bien defendida por Marcadé, pero la mayor parte de los autores la repudian así como la jurisprudencia. Se rechaza la interpretación de Albisson por ser puramente divinatoria (3). Esta, se dice, es una opinión general del relator; nada prueba que la hayan compartido ni el consejo de Estado, ni el cuerpo Legislativo; ni siquiera está reproducida en el discurso del orador del Tribunado. Nosotros contestaremos, con la corte de Bruselas, que la autoridad de Albisson es superior á la de los intérpretes, por más que sean muy sabios (4). No es exacto decir que esta sea una opinión puramente individual; en efecto, Albisson habla como relator de la sección de legislación del Tribunado; luego un informe adoptado por la sección de

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 2º, p. 203, nota 10.

2 Lyon, 11 de Junio de 1881 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1024). Bruselas, casación, de 31 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 33); 14 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 299), y 20 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 46).

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 240, núm. 354. Gante, 11 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 49).

4 Bruselas, 20 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 51).

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 87, nota 9.

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

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

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

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

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

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

1 Demante, t. 2º, p. 645, núm. 549 bis. Dacourroy, Bonnier y Rostain, p. 240, núm. 351. Demolombe, t. 12, p. 344, núm. 821; Aubry y Rau, t. 3º, ps. 87 y siguientes, y nota a. La jurisprudencia se halla en este sentido; pero las sentencias, incluso las de la corte de casación, están débilmente motivadas; sólo citamos las mejores. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1837 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1021, 1º; de 8 de Junio de 1842 de la sala civil (*ibid.*, núm. 1022, p. 272), y de casación de 30 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17). Douai, 1º de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1021, 1º). Las cortes de Bélgica juzgan en el mismo sentido, salvo la sentencia de Bruselas que antes hemos citado. Bruselas, 11 de Julio de 1838, 16 de Abril de 1845, 13 de Agosto de 1858 y 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 205, 1845, 2, 116; 1858, 2, 327, y 1859, 2, 246); Cante, 11 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 48) y Lieja, 19 de Abril de 1845 y 1º de Diciembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 303; 1870, 2, 283).

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

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