

exigir algo más en el caso del art. 694: y es una acta en que consta el convenio, y ésta no debe contener ninguna cláusula relativa á la servidumbre. Así es, en verdad, como en la opinión común se entiende el art. 694. Hé aquí, pues, en definitiva, la diferencia entre el art. 694 y el 692. El propietario de dos predios entre los cuales existe un signo aparente de servidumbre de paso vende uno de los predios, y no se levanta acta ninguna: éste es el caso del art. 692, y no había servidumbre. Mas si se formula un escrito y si se guarda silencio acerca de la servidumbre, habrá servidumbre de paso. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

Y ahora lo preguntamos: ¿en dónde está la razón de la diferencia? Desde luego dejamos establecido que la opinión general, que pretende apoyarse en el texto, se sale de los límites de éste: la ley habla de un contrato, los intérpretes añaden que el contrato debe constar por escrito, y que debe producirse este escrito, á fin de que pruebe que guarda silencio acerca de la servidumbre. Así, pues, á la vez que apoyándose en el texto, está uno obligado á añadir algo al texto, á fin de encontrar una diferencia entre los dos casos de destino. ¿Existe al menos una razón de la diferencia que se crea de una manera tan arbitraria? Recordemos por qué el art. 692 exige que la servidumbre sea continua para que se establezca por destino. La razón es que no se puede suponer que haya voluntad tácita de constituir una servidumbre, cuando se trata de una servidumbre discontinua, tal como un derecho de paso. Y bien, ¿puede suponerse más esta voluntad cuando las partes redactan un escrito de la venta, y cuando el escrito hace punto omiso de la servidumbre? ¿Acaso el silencio del escrito resuelve la duda que deja la voluntad tácita de las partes interesadas? Tal es la cuestión, reducida á sus

1 Burdeos, 13 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 207).

términos más sencillos. Y en verdad que basta plantearla para resolverla. Yo vendo uno de los predios entre los cuales existe un signo aparente de paso, y nada se dice de este paso al efectuarse la venta, y ninguna acta se levanta: nuestra voluntad de constituir una servidumbre es incierta, y por tanto no habrá ninguna servidumbre. Si dentro de la misma hipótesis, redactamos una acta en donde nada se dice de la servidumbre, ésta existirá: ¿acaso será más cierta nuestra voluntad de constituir la servidumbre? ¡Cosa singular! Los partidarios de la opinión que estamos combatiendo no han reflexionado que las hipótesis de los artículos 692 y 694 se confunden cuando se interpreta el artículo 694 como ellos lo hacen. En efecto, en el caso del art. 692, hay también silencio de las partes interesadas, supuesto que hay consentimiento tácito. ¿Qué importa que este silencio se pruebe ó nó por un escrito? ¿La prueba del silencio presta alguna fuerza al silencio y hace desaparecer la duda que existe sobre la intención de crear una servidumbre? Si se acepta que, en el caso del art. 694, la servidumbre de paso se establece por el hecho solo de que el acta haga punto omiso de la servidumbre, en realidad se halla uno dentro de la hipótesis prevista por el art. 692, y se viene á parar, en consecuencia, á una verdadera contradicción; la cual es que una servidumbre discontinua se establece por destino, cuando en la escritura de enagenación, las partes han guardado silencio acerca de la servidumbre; siendo así que ella no establece por destino cuando, sin levantar acta, las partes han guardado igualmente silencio. ¡En definitiva una sola y misma servidumbre de paso, en las mismas circunstancias se establece ó nó por destino, sin que haya un asomo de razón para explicar esta diferencia!

186. Como la opinión que acabamos de combatir tiene á su favor una jurisprudencia constante, estamos obligados

á seguirla en sus aplicaciones, y en ella encontramos nuevas inconsecuencias y nuevas contradicciones. Para que haya lugar á aplicar el art. 694, se necesita desde luego que exista un "signo aparente de servidumbre" entre dos heredades. ¿Qué debe entenderse por "signo aparente de servidumbre?" Los autores y las sentencias contestan que el signo debe ser tal, que no quede duda alguna acerca de la existencia de la servidumbre (1), ó por mejor decir, del servicio que, según la intención del padre de familia, uno de los predios presta al otro y que, en la intención de las partes contrayentes, debe continuar prestándole á título de servidumbre. En la opinión general, se adhieren estrictamente á esta primera condición de un *signo aparente*, puesto que es la condición esencial, y á decir verdad, la única que se exija. Se ha fallado que un signo aparente de paso no era suficiente, cuando se probaba que el propietario no había tenido la intención de crear entre los diversos predios una relación permanente de servicio predial, y que aquél no estableció el paso sino para procurarse personalmente ciertas facilidades en el cultivo (2). Esta interpretación restringe el texto del art. 694: la ley exige únicamente la existencia de un signo aparente de servidumbre, es decir, de un servicio prestado por un predio al otro predio. Una interpretación que no tiene más apoyo que el texto no debería apartarse de éste.

Se necesita también que el signo aparente tenga un carácter inequívoco de perpetuidad (3). Esto parece decir que el signo debe consistir en una obra de arte ejecutada por mano del hombre; sin embargo, no se llega hasta este

1 Bourges, 10 de Agosto de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1026). Demolombe, t. 12, p. 348, núm. 823.

2 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 30 de Diciembre de 1865 ("Pasicrisia," 1866, 1, 358).

3 Nancy, 9 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1031).

punto, porque la ley no lo exige (1). De todas maneras debe haber un signo exterior que indique la existencia de una servidumbre. Se ha decidido que los *carriles* ó *rodadas* no constituían un signo aparente de una servidumbre de paso; los carriles prueban únicamente que el propietario ha pasado, pero no ha destinado uno de los predios para que sirva de paso (2). Aun habiendo un camino que sirva de paso es decir, un signo aparente de servidumbre ha sucedido que no se ha admitido el establecimiento de una servidumbre de paso por destino. Se constituye una necesidad para el establecimiento de docks; uno de los socios vende á la sociedad unos terrenos destinados á construir docks; en los terrenos conservados por el vendedor, existían vías de comunicación que venían á parar en los muebles y en las conchas del fondeadero. Las escrituras nada decían de estas vías; luego se estaba dentro de los términos del art. 694, tal como la jurisprudencia lo interpreta. No obstante esto, la corte de París resolvió que no había servidumbre, porque tal no había podido ser la intención de las partes contrayentes (3). Esto es introducir una nueva condición que el texto ignora. La jurisprudencia retrocede ante sus propios principios; invoca el texto y lo restringe. Realmente hay riesgo en admitir que una servidumbre discontinua se establezca por el hecho solo de que un signo aparente la anuncie y que el título calle. Para desviar el riesgo, la jurisprudencia restringe la ley; hay un medio más seguro y más jurídico de prevenirlo, y es ceñirse al art. 692.

1 Bourges, 13 de Diciembre de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, número 1028).

2 Bourges, 24 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, número 1029). Bruselas 6 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 327).

3 París, 17 de Agosto de 1865, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 498).

La aplicación del art. 694 casi se vuelve una cuestión de circunstancias, lo que ciertamente no está en el texto ni en el espíritu de la ley. ¿Un dique es un signo aparente? La corte de casación ha resuelto la afirmativa, pero invocando las circunstancias de la causa (1). El código ignora estas restricciones y estas reservas. Y es que el código no prevee el caso del establecimiento de una servidumbre nueva, no hace más que mantener una servidumbre que ha existido y que se ha continuado practicando; y se concibe que el legislador se muestre más fácil para el mantenimiento de una antigua servidumbre que para el establecimiento de otra nueva.

No es necesario decir que si se establece un servicio entre dos predios para comodidad personal del propietario, y no para utilidad del predio, ya no puede tratarse de destino del padre de familia. Esto no es más que la aplicación del derecho común (2).

187. El art. 694 establece una segunda condición: se necesita que el contrato no contenga ningún convenio relativo á la servidumbre (3). De aquí la necesidad de producir el contrato, es decir la escritura, á fin de comprobar que no contiene ninguna estipulación sobre la servidumbre litigiosa. Muy á menudo pasa que las escrituras contienen una cláusula general que dice haberse vendido el predio con sus servidumbres activas y pasivas, cosa perfectamente inútil, supuesto que es de derecho. Se pregunta si una cláusula de ese género pondría obstáculo á la aplicación del art. 694. Hay un motivo para dudar, y es que habiéndose ocupado las partes de las servidumbres existentes, habrían manifestado también su voluntad

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 272).

2 Gante 25 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 359). Durantou, t. 5º, p. 581, núm. 572. Demolombe, t. 12, p. 347, núm. 822.

3 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 498); Demolombe, t. 12, p. 439, núm. 825.

de establecer una servidumbre nueva, si tal hubiese sido su intento; ya no hay silencio del título, luego tampoco servidumbre; habiendo hablado el título, ya no es posible prevalecerse de la voluntad tácita de las partes. La corte de casación no ha admitido esta interpretación, porque, en efecto, es contraria al texto del art. 694; éste no prevee el caso de una cláusula general y sin ningún alcance, supone que no hay convenio relativo á la "servidumbre," es decir, la servidumbre que se anuncia por un signo aparente (1). Hay que agregar que las cláusulas generales no son, á decir verdad, un convenio de las partes contrayentes: son una fórmula de estilo.

188. ¿No se necesita una tercera condición? El artículo 694 dice: "si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre." Esto no supone dos heredades distintas, de las cuales una esté afecta al servicio de la otra. ¿Puede extenderse la disposición al caso en que el propietario establece un servicio entre dos partes de una sola y misma heredad? La jurisprudencia y la doctrina se pronuncian por la interpretación extensiva. Aquí hay una contradicción y una inconsecuencia evidentes en el sistema adoptado generalmente (2). Se conviene en que el art. 694 es una excepción á la regla establecida por el art. 692; ¿y toda excepción acaso no es de estricta interpretación? ¿y no se necesita, sobre todo, aplicar esta máxima cuando se trata de la libertad de las heredades? Tal es ciertamente el espíritu de la jurisprudencia cuando interpreta el "signo aparente" cuya

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1825 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1034).

2 Véanse las sentencias en Daloz, *Servidumbre*, núm. 1037. Y sentencia de París de 15 de Mayo de 1862, confirmada por una sentencia de denegada apelación de 7 de Abril de 1863 (Daloz, 1862, 2, 111 y 1863, 1, 415). Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación de 10 de Mayo de 1825 (Daloz, "Servidumbre," núm. 1036). Compárese Demolombe, t. 12, p. 350, núm. 826.

existencia exige la ley; ¿por qué se desvía de él cuando el texto dice formalmente que se necesitan dos heredades? Es porque al exigir dos heredades, como pide el texto, se habría venido á parar en otro absurdo. El art. 692 habla también de "dos predios;" no obstante, todos aceptan que basta que una parte de un predio sirva al otro para que haya destino del padre de familia. ¿Hay una razón para que sea de otra manera en el caso del art. 694? Ciertamente que nó. Este es un verdadero conflicto de principios. En la opinión de Albisson, el conflicto no existe, y el texto se aplica con toda naturalidad. Puesto que se supone que la servidumbre ha preexistido á la reunión de los dos fundos en las mismas manos, déjase entender que son necesarias dos heredades en esta opinión todo se explica, todo se sigue y se encadena, mientras que en la opinión se va de contradicción en contradicción.

189. La misma dificultad se presenta en una cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. Según los terminos del art. 694, la servidumbre continúa existiendo cuando el propietario *dispone* de una de las heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre. La palabra *disponer* implica una enagenación; se aplica sea á una donación ó á una venta, porque también el donador *dispone* (1); poco importa también que la venta sea judicial ó voluntaria. Porque el deudor embargado es el que vende. Acerca de estos puntos no podría haber duda seria (2). ¿Pero qué debe resolverse en caso de Partición? Las cortes de Tolosa y de Metz han fallado, por sentencias muy bien motivadas, que no había lugar á aplicar el art. 694. Claro es que el texto no es aplicable, porque

1 Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 376).

2 Sentencia de casación de 30 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17).

el propietario cuyos bienes se dividen después de su muerte no *dispone* de la heredad, como quiere el art. 694. La cuestión está, pues, en saber si se puede extender la ley á un caso que ella no prevee. Acabamos de decir que una disposición esencialmente excepcional no recibe interpretación extensiva. Esto es lo que establece hasta la evidencia la corte de Metz (1). ¿Qué contesta la corte de casación? La razón para decidir es la misma, dice ella; en efecto, estando fundada la disposición del art. 694 en una presunción de consentimiento sacada del silencio de las partes, esta presunción se aplica tanto á la partición como á la enagenación á título oneroso ó gratuito (2). Admitamos que esto sea así, por más que otras cortes lo pongan en duda: ¿en dónde está la excepción que no se podría extender, si se razonara por analogía? Sin embargo, la corte de casación ha juzgado en mil ocasiones que las excepciones no se entienden aun cuando haya el mismo motivo para decidir. En el caso presente hay una razón perentoria para mantener esta regla de interpretación. La jurisprudencia interpreta restrictivamente la condición del *signo aparente* exigida por el art. 694; ¿se concibe que ella interprete extensivamente la palabra "disponer" de que se sirve la ley? Así es que unas veces extiende el texto y otras lo restringe: prueba de que no se funda en ningún principio cierto.

Hay una sentencia de la corte de casación que ha ido más adelante en la vía de la interpretación extensiva. Un padre hace donación de la cuarta parte de sus bienes á su hijo, en el contrato de matrimonio de éste; en seguida un

1 Metz, 3 de Junio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 16). Tolosa, 11 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 119).

2 París, 15 de Mayo de 1862, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 7 de Abril de 1863 (Dalloz, 1862, 2, 111; 1863, 1, 415). Denegación de 27 de Marzo de 1866, (Dalloz, 1866, 1, 339).

acto de partición celebrado entre el donador y el donatario atribuye al hijo la mitad de una porción de terreno, para satisfacerle la parte alícuota que presuntamente se le había dado. Se mantuvo esta atribución después de la muerte del padre, por la escritura de partición de su sucesión. ¿Había en éstos diversos actos una *disposición* tal como la exige el art. 694? La corte de Tolosa juzgó negativamente; pero su sentencia fué casada. No deben aislarse estos diversos actos, dice la corte de casacion, porque forman un todo; ahora bien, resulta de las escrituras de partición, combinadas con la de donación, que el padre ha dispuesto en favor de su hijo de los bienes definitivamente asignados á éste (1). Nosotros preferiríamos el parecer de la corte de Tolosa. La donación no podía invocarse, porque era para el porvenir, y tal donación no es un acto de disposición. Quedaban las particiones. La primera de éstas celebrada entre el donador y el donatario no hacía más que una soia con la segunda formada por los herederos. Ahora bien, una *partición* hecha entre herederos no es un acto de *disposición*, ni siquiera lo es, á todas luces, cuando es una partición de ascendiente. Esto decide la cuestión bajo el punto de vista de la interpretación estricta. Así, pues, la corte ha adoptado otra vez una interpretación extensiva, y esto se halla en oposición con los principios, en oposición con la jurisprudencia relativa al art. 694.

Núm. 4. Efecto del destino.

190. El art. 692 dice que el destino del padre de familia equivale á título. En realidad, se hace por un concurso de consentimiento, tanto como el título oneroso ó gratuito; no hay más que esta diferencia, que en el destino el

1 Sentencia de casación de 17 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 376).

consentimiento de las partes interesadas es tácito, mientras que el título supone un convenio expreso. De aquí resulta una diferencia en cuanto á los efectos de la servidumbre. Cuando se establece por título, no tiene efecto respecto á terceros sino cuando la escritura constitutiva de la servidumbre se ha registrado (núm. 155). No se requiere el registro cuando la servidumbre se establece por destino. No se podría exigir el registro sino obligando á las partes á levantar acta de su consentimiento tácito, pero entonces el consentimiento se volvería expreso, es decir, que el destino se convertiría en un título; lo que vendría á dar por resultado el suprimir el destino, tal como el código lo organiza (1).

191 Las servidumbres tienen á menudo mucha analogía con la propiedad, sea exclusiva, sea común, como lo hemos dicho al exponer los principios generales concernientes á las servidumbres. Pero los principios sobre la adquisición de la propiedad difieren de los que rigen la adquisición de las servidumbres. Puede haber co-propiedad de un patio ó de una calle que sirve de paso; esta co-propiedad se establece por concurso de consentimiento tácito ó expreso, y se prueba con testigos bajo las condiciones prescritas por el código. Mientras que la servidumbre de paso no puede establecerse sino por un convenio expreso, porque el consentimiento tácito ó el destino del padre de familia no se admiten respecto á las servidumbres discontinuas. A los tribunales corresponde apreciar, conforme á los hechos y á las circunstancias de la causa, lo que las partes han querido. Remitimos al lector á lo que hemos dicho en otro lugar (t. VII, núms. 165 y siguientes). Hay sentencias que dan el nombre de destino del padre de familia al establecimiento de una co-propiedad,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 88, y nota 12. En sentido contrario, Mourlon, "De la transcripción," t. 1º, núms. 115 y 116.

cuando resulta de las disposiciones tomadas por el padre de familia y mantenidas por sus herederos. El nombre es impropio y propio para hacer caer en error.

Esto es confundir la propiedad con la servidumbre, que no es más que un desmembramiento de aquélla. Así se lee en una sentencia, que los derechos de los comunistas en un patio separativo de heredades divididas, y que ha seguido siendo común entre los co-participes, en virtud de lo que la corte llama destinos del poder de familia, son derechos que participan á la vez de los atributos de la propiedad y de los derechos de servidumbre. Tratábase de saber si el uso del patio común podía extenderse á otras heredades adquiridas por uno de los comunistas. La corte de Poitiers resolvió la cuestión negativamente (1); no pretendemos criticar de hecho la decisión, pero está mal motivada. Los principios que más adelante expon-dremos acerca de los derechos del propietario del predio dominante, no pueden invocarse cuando se trata de comunidad; hay en esto dos órdenes de ideas muy distintas. Sin duda que la co-propiedad de un patio no da derechos ilimitados á los comunistas, pues el límite de sus derechos resulta no de los principios que rigen las servidumbres, porque no hay servidumbre, sino de la intención de las partes contrayentes, y ésta únicamente es la que determina sus derechos.

§ III.—PRESCRIPCIÓN.

Núm. 1. Principios generales.

192. Según los términos del art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión de treinta años. El art. 691 agrega que las servidumbres con-

1 Poitiers, 16 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 73). Compárese sentencia de denegada apelación, de 8 de Diciembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1047).

tinuas no aparentes y las servidumbres discontinuas aparentes ó nó, no pueden constituirse sino por títulos; la posesión, aun la inmemorial, no es suficiente para establecerlas. ¿Por qué el código admite la prescripción como modo de adquisición de las servidumbres? ¿por qué no la admite sino para ciertas servidumbres? ¿cuál es la prescripción por la que pueden adquirirse las servidumbres continuas y aparentes?

El art. 2219 dice que la prescripción es un medio de adquirir por cierto lapso de tiempo, y con las condiciones determinadas por la ley. En general, todos los derechos que están en el comercio pueden adquirirse por la prescripción (art. 2226). Este principio recibe, sin embargo, una restricción en materia de servidumbre. En el antiguo derecho la excepción era mucho más extensa. La costumbre de París, que es la fuente de nuestro título, decía (artículo 186): "El derecho de servidumbre no se adquiere por una larga posesión, sea la que fuere, aun cuando se haya disfrutado cien años." ¿Por qué la costumbre prohibía la prescripción? Dumoulin contesta que "para obviar las grandes empresas que se hacían so capa de tolerancia, por causa de amistad ó de familiaridad, de que se abusaba" (1). La prohibición pronunciada por la costumbre de París y por otras muchas costumbres se excedía del motivo por el cual se establece. No todas las servidumbres se fundan en la tolerancia y la familiaridad; esto es cierto de las servidumbres discontinuas tales como los derechos de paso y de toma de agua; esto no es cierto respecto de las servidumbres mucho más embarazosas de vista ó de acueducto. Los autores del código han tenido en cuenta las razones que habían hecho prohibir la prescripción en los países de derecho consuetudinario, manteniendo la

1 Ferrière, "Comentario sobre la costumbre de París," t. 2º, página 1519.