

vale á renunciarla el declarar que la posesión es de pura tolerancia? Nó, porque ninguna analogía existe entre la renuncia del art. 2220 y el reconocimiento que un poseedor hace de que su posesión es de pura tolerancia. El que anticipadamente renuncia á la prescripción lo hace en la suposición que se podrá prevaler de ella, por estar satisfechos todos los requisitos para la prescripción. Mientras que el que reconoce que su posesión es de tolerancia hace constar que falta una de esas condiciones; él no renuncia á la prescripción, sino que confiesa que no puede verificarse (1).

¿Cuál será el efecto del reconocimiento respecto de aquellos que sucedan al poseedor del predio que lo ha hecho? Si son sucesores á título universal, el reconocimiento de su autor los perjudicará, en el sentido de que reconocida por él mismo la posesión, continuará siéndolo é impedirá toda prescripción; mientras que los sucesores á título particular como no son más que los representantes de su autor, nada impide que den principio á una nueva posesión, buena para la prescripción; sólo que no podrán reunir á su posesión la de su autor, supuesto que ésta es viciosa. Volveremos á tratar de esta distinción en el título de la *prescripción*.

## II. De la prescripción de los caminos públicos en provecho de las comunas.

207. ¿Pueden adquirir las comunas un paso por prescripción? Esta cuestión presenta muchas dificultades. Hay que distinguir desde luego con qué título reclama el paso la comuna. El paso puede ser un camino público en el sentido propio de la palabra, es decir, que el terreno

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 80, nota 16. Demolombe, t. 12, p. 272, núm. 779. Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 154).

que sirve de paso pertenece á la comuna. Claro es que la comuna puede ser propietaria de los caminos que sirven para la circulación de los habitantes, y lo es regularmente; igualmente cierto es que ella puede adquirir la propiedad por todas las vías legales, luego también por la prescripción. En efecto, la comuna es una persona civil, y como tal, disfruta de los mismos derechos que los particulares, en lo concerniente á la adquisición. No hay dificultad sino respecto á la prueba, cuando la comuna funda su derecho en la prescripción. Más adelante examinaremos la cuestión.

¿Puede también deberse el paso á la comuna á título de servidumbre? En este punto comienza la duda. ¿El paso, cuando se ejerce por terrenos pertenecientes á particulares, es una verdadera servidumbre? ¿La comuna está sometida al derecho común en lo concerniente á la adquisición del derecho de paso, es decir, no puede invocar la prescripción? ¿Los principios establecidos por el código civil han sido modificados por leyes especiales, y qué alcance tienen estas modificaciones? Comenzaremos por el examen de estas cuestiones.

### a) Del paso á título de servidumbre.

#### I. Sistema del código civil.

208. Se supone que los habitantes de una comuna ejercen, como tales, un derecho de paso por predios pertenecientes á particulares: ¿es ésta una servidumbre de paso? ¿Desde esta primera cuestión comienza el debate? Se objeta que falta uno de los caracteres esenciales de las servidumbres; es muy cierto que hay una heredad sirviente por donde se ejerce el paso, ¿pero en dónde está la heredad dominante en cuyo provecho existe el paso? Los habitantes practican el paso, no como propietarios de pre-

dio dominante, sino como habitantes de la comuna; de suerte que aun aquellos mismos que no tuvieren ninguna propiedad en la comuna tienen, no obstante, el derecho de pasar por el predio sirviente; y cuando no hay predio dominante, la cuestión no puede ser de servidumbre. Es bien claro que los habitantes ejercen el paso, no como propietarios, sino como habitantes: es decir, que el camino de servidumbre es un verdadero camino público y que si constituye una servidumbre, ésta pertenece á la comuna. Luego precisa que veamos si la comuna puede tener un derecho de paso á título de servidumbre.

La comuna puede ser moral, puede ser propietaria; luego también puede poseer un desmembramiento de la propiedad tal como un usufructo, y por lo tanto, una servidumbre. Pero se entiende que es necesario que se cumplan los requisitos que se exigen para la existencia de una servidumbre. Luego se necesita una heredad dominante. Se ha fallado que una comuna podía tener, á título de servidumbre, el derecho de celebrar su feria en una propiedad particular, pero que, siendo discontinua esa servidumbre, no podía adquirirse por la prescripción (1). ¿En dónde está en el presente caso, el predio dominante? ¿Lo es el territorio comunal? Entendámonos: la comuna puede ser propietaria, y regularmente lo es de las plazas públicas, y ella puede tener bienes comunales; pero la feria no se celebra en provecho de ese dominio público ó privado de la comuna, sino por interés de los habitantes. ¿Puede la comuna, á nombre de los habitantes considerados como propietarios, estipular una servidumbre? No lo creemos. Si la comuna es una persona civil, lo es como órgano de los intereses comunales, luego como órgano de los habitantes; como tal adquiere y posee: ¿por qué no había de poder, á nombre de los habitantes, estipular una

1 Riom, 30 de Diciembre de 1844, (Da lloz, 1846, 2, 88).

servidumbre á favor de sus predios? Los habitantes mismos la estipulan por medio de la comuna.

Respecto á los derechos de paso, la cuestión ofrece menos duda. Pueden considerarse las servidumbres de paso como establecidas por interés de los caminos públicos pertenecientes á la comuna; en efecto, por lo común, los senderos de paso sirven para enlazar entre sí varios caminos públicos ó para dar acceso á estos caminos. En este caso, puede decirse literalmente que el paso se debe á un bien que se halla dentro del dominio de una comuna; aunque los caminos públicos estén fuera del comercio, esto no impide que puedan establecerse servidumbres en provecho de esas vías de comunicación, lo mismo que pueden ser gravadas con servidumbre, con tal que estos gravámenes no sean un obstáculo para el destino público del camino. Así fué fallado por la corte de casación de Bélgica (1).

Esta manera de considerar los derechos de paso no es suficiente para poner término á toda duda. Puede suceder que el derecho de paso no sea el accesorio de un camino, que él mismo constituya una vía de comunicación y la única que exista en la comuna. Tal es el caso casi general en Flandes. Cuando se discutió la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales, se dijo, sin contradicción ninguna, que no había uno solo de estos caminos en Flandes que no se hubiese establecido por vía de servidumbre. Así es que en todo el curso de la discusión, se calificaron de servidumbres los pasos que las comunas ejercen sobre terrenos pertenecientes á particulares. Un miembro de la Cámara de diputados definió este derecho en los siguientes términos: "El derecho que pueden tener los habitantes para pasar por un predio perteneciente á otro." La sección central reconoció formalmente que estos

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Junio de 1843 (*Pa. sicsia*, 1843, 1, 200).

caminos de servidumbre eran la servidumbre de paso, la cual según el art. 691, no puede adquirirse por prescripción. Existen sentencias en este sentido pronunciadas por las cortes de Bélgica (1). Sosteníase ante la corte de Gante que los pasos que servían de camino público se habían establecido en favor de los habitantes, y que por lo tanto, constituían una servidumbre personal; ahora bien, el código no reconoce las servidumbres personales de paso. La corte contesta, y nos parece perentoria su respuesta: Es verdad que los habitantes ejercen el paso, pero sucede lo mismo con todo paso, el cual no lo ejerce el predio sino la persona que ocupa el predio. En realidad, el paso no se establece en favor de los habitantes personalmente, sino en favor de las habitaciones y establecimientos que componen la comuna; luego es un derecho impuesto sobre una heredad para uso y utilidad de las heredades pertenecientes á los habitantes de la comuna, luego es una servidumbre real (2). Falta ver si la comuna puede estipularla y adquirirla á nombre de los habitantes. Acabamos de contestar á la cuestión.

209. Surge ahora la cuestión de saber si las comunas pueden adquirir por prescripción una servidumbre de paso en predios pertenecientes á particulares. Planteada así la cuestión debe resolverse negativamente. El art. 691 dice que las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por títulos, y ni siquiera admite la posesión inmemorial. Si los derechos de paso reclamados por una comuna son servidumbres de paso, el art. 691 debe recibir su aplicación, á menos que haya en el código una excepción en favor de las comunas; ahora bien, en vano se buscaría dicha excepción. Tal es la opinión unánime de los

1 Delebecque. "Comentario legislativo de la ley de 10 de Abril de 1841 sobre los caminos vecinales," p. 9, núm. 10. Compárese sentencia de pruebas, de 24 de Junio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 340).

2 Gante, 20 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 186).

autores (1), y la jurisprudencia la adopta. Estamos suponiendo, como se deja entender, que consta que el terreno en el cual se ejerce la servidumbre no pertenece á la comuna. Por lo tanto, el paso sólo puede ejercerse á título de servidumbre, y por consiguiente entra en la aplicación del art. 691. Se ha intentado eludir la prohibición de éste artículo, prevaleciéndose de un consentimiento tácito del propietario del predio sirviente. La corte de Angers ha rechazado este sistema, que no es más que un medio de eludir la ley. Esto no quiere decir que el título no pueda resultar de un concurso de consentimiento tácito; el artículo no lo niega, pero dice, y muy bien, que el consentimiento de un acto tan importante como una servidumbre de paso debe resultar de actos ó de hechos que ninguna duda dejen sobre la voluntad de las partes interesadas. La prescripción de la servidumbre supone también un consentimiento tácito; á pesar de esto, la ley no ha querido admitir la prescripción para las servidumbres discontinuas, precisamente porque es dudosa la voluntad de las partes interesadas. La corte de casación confirmó la sentencia, decidiendo que el art. 691 no permitía la adquisición de un derecho de paso en provecho de la comuna á título de servidumbre, sin título (2).

210. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica no está de acuerdo con esta doctrina. Hay que confesarlo, nuestra jurisprudencia es confusa. Más adelante citaremos sentencias que consagran la distinción que hemos hecho entre el paso ejercido á título de propiedad y el paso re-

1 Demolombe, t. 12, p. 310, núm. 797. Aubry y Rau, t. 3º, p. 82, nota 23, y los autores que citan. Compárese Dalloz, *Servidumbre*, número 1135.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 394). Compárese sentencia de denegada apelación de 27 de Mayo de 1834 (Dalloz en la palabra *Servidumbre*, núm. 1135, 1º)

clamado á título de servidumbre. Y esta distinción sirve de base á la doctrina que acabamos de exponer. Hay también sentencias que contradicen los principios en que se apoya la jurisprudencia. Escuchemos las objeciones y tratemos de contestarlas.

El art. 691, dice la corte de Bruselas, no es aplicable más que á los derechos de paso que el código coloca entre las servidumbres; y el art. 637, que define las servidumbres, no tiene aplicación á los derechos de paso ejercidos á título de camino público, á favor y para uso del público, independientemente (1). Así es que la corte niega que haya un predio dominante, y acabamos de oír que la corte de Gante afirma lo contrario (núm. 208). A nuestro juicio, la corte de Gante ha fallado bien, y es inútil repetir lo que ya dijimos. La circunstancia recalada por la corte de Bruselas, de que el público ejerce el paso, en nada cambia el carácter jurídico del derecho. ¿Cuál es, en efecto, el público que practica las vías vecinales? Los habitantes de la comuna; luego el paso se ha establecido para el uso y la utilidad de los que habitan la comuna, es decir, de los propietarios que residen en ella. ¿Qué importa que el paso esté abierto para todo él que se presente? (2). Basta que esté impuesto en una heredad para utilidad de los que ocupan otras heredades; desde ese momento el derecho es una servidumbre, y está regido por los principios generales sobre la servidumbres.

La corte de Bruselas insiste y dice que los motivos por los cuales el código ha rechazado la adquisición por prescripción de las servidumbres discontinuas son extraños á los derechos de paso pertenecientes á las comunas. ¿Por qué

1 Bruselas, 18 de Diciembre de 1854 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 18), 19 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 304).

2 La corte de casación de Bélgica marca esta circunstancia (sentencia de denegada apelación, de 28 de Julio de 1854, en la *Pasicrisia*, 1854, 1, 425).

se presume que la posesión es de tolerancia y de familiaridad? Y ¿puede ser cuestión de relaciones de buena vecindad, que casi siempre son vínculos de amistad, cuando todos ejercen el paso, aun los desconocidos? Podríamos llevar la objeción ante el legislador, porque tiende á establecer una excepción del art. 691; porque, por poderosas que fuesen las razones que legitimara una excepción, el intérprete no tiene el derecho de hacerla, y sólo lo puede el legislador. ¿Pero realmente es cierto que un camino público, practicado á título de servidumbre, excluya la tolerancia? El que permite un paso no siempre lo hace por efecto hacia el que puso por su predio: la tolerancia no es la amistad. Se toleran muchas cosas que se querrían impedir; á veces se sufre, porque ningún interés hay en oponerse; algunas veces para conciliarse la benevolencia de los habitantes. Poco importa, después de todo: la posesión se presume precaria, como decían en el antiguo derecho, lo que excluye toda prescripción.

No negamos que haya diferencia entre el derecho de paso que sirve de camino público y el derecho de paso establecido en un predio en provecho de otro predio. El procurador general de la corte de casación de Bélgica las ha expuesto muy bien. La servidumbre comunal de paso tiene todos los caracteres de un camino público, de una vía de comunicación, mientras que la servidumbre de paso de que se ocupa el código civil es una vía privada; por una parte, hay un interés general en juego, y por la otra, un interés particular.

Siendo diferente la naturaleza de los dos derechos. ¿no es más lógico que estén regidos por principios diferentes? (1). De muy buena gana lo aceptamos en teoría. Pero la teoría no es suficiente para consagrar una excepción,

1 Requisitoria de Leclercq, en el asunto juzgado por sentencia de casación de 10 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 158).

pues se necesita un texto, y ¿en dónde está este texto? Se cita el art. 650, por cuyos términos hay servidumbres establecidas para utilidad comunal; el artículo añade que todo lo concerniente á este género de servidumbres lo determinan leyes ó reglamentos particulares. Ahora bien, los derechos de paso que se deben á una comuna son servidumbres comunales; luego no puede aplicárseles el art. 691. ¿Y la conclusión? Que las servidumbres de paso pueden adquirirse por lo prescripción. Supongamos que el artículo 650 comprenda los derechos de paso entre las servidumbres de utilidad comunal; la consecuencia que de aquí se saca sería aún inadmisibile. En efecto, el código remite todo lo concerniente á las servidumbres comunales á leyes particulares: y ¿en dónde está la ley que admite la adquisición por prescripción de los derechos de paso reclamados por una comuna? Estamos razonando siempre dentro del sistema de la legislación francesa, dentro del sistema del código civil; y para la cuestión que acabamos de plantear no hay más que una sóla respuesta: no existe ley particular que admita la prescripción de las servidumbres discontinuas. Luego no puede invocarse el art. 650. Tan cierto es esto, que la jurisprudencia que estamos combatiendo no cita ninguna ley, admite la prescripción según el derecho común, así es que aplica el código civil cuando el art. 650 de este código nos remite á leyes particulares. ¿No prueba esto que se ha hecho mal en invocar el artículo 650? En realidad, esta disposición es extraña á los derechos de paso; ella no se limita á declarar que las servidumbres de utilidad comunal están regidas por leyes ó reglamentos particulares, sino que enumera estas servidumbres, por lo que las limita. ¿Cuáles servidumbres son de utilidad comunal? “Las que, dice el texto, tienen por objeto la construcción ó la reparación de los caminos comunales.” ¿Y acaso los derechos de paso tienen por objeto la

construcción de un camino comunal? La cuestión carece de sentido, luego el art. 650 no comprende los derechos de paso que sirve de vía de comunicación. Añadamos que no podía entrar en la mente del legislador francés comprender los caminos de servidumbre entre las servidumbres comunales, porque él promulgaba una ley, no para Flandes, cuyos derechos y usos ignoraba, sino para Francia, en donde los caminos comunales son caminos de propiedad, es decir, que su suelo pertenece á las comunas. No porque las comunas no puedan tener derechos de servidumbre, sino porque esos derechos quedan bajo el imperio de la ley común, que es el código civil.

Nuestra conclusión es que, según el código Napoleón, los derechos de paso pertenecientes á las comunas en nada difieren de las servidumbres de paso pertenecientes á particulares. Síguese de aquí que el art. 691 es aplicable tanto á unas como á otras; luego las comunas no pueden adquirir un paso por prescripción cuando se reclama á título de servidumbre. Queda por ver en qué concepto la ley de 10 de Abril de 1840 ha derogado estos principios.

## *II. Sistema de la ley belga de 10 de Abril de 1841.*

211. Según los términos del art. 10 de la ley de 10 de Abril de 1841, hay lugar, en materia de caminos vecinales, á la prescripción de diez y veinte años. Esta prescripción exige un título, y como tal la ley admite la ordenanza de la diputación provincial que determina definitivamente el plano de alineamiento. En todas las comunas existen planos generales de alineamiento y de delimitación de los caminos vecinales, y las administraciones comunales son las que los levantan. Estos planos indican el ancho que los caminos tienen ó deben tener, y están expuestos durante dos meses en la secretaría de la comuna.

Dentro de este plazo, toda persona tiene derecho de reclamar. Los propietarios de las porciones indicadas en el plano como deben restituirse ó incorporarse al camino deben ser avisadas especialmente y pueden reclamar dentro de los dos meses contados desde el aviso. Si hay reclamaciones, el consejo comunal las examina y decide dentro de dos meses. Hay apelación contra estas decisiones á las diputaciones permanentes del consejo municipal. La diputación estatuye sin recurso ulterior, por vía administrativa; los derechos quedan á salvo y pueden debatirse ante los tribunales. Después de cumplidas estas formalidades, los planos se acuerdan definitivamente por la diputación permanente. Esta ordenanza es la que sirve de base para la prescripción de diez ó veinte años (arts. 1-10),

212. ¿Esta prescripción se aplica á las servidumbres de paso reclamadas por las comunas en terrenos de particulares? La afirmativa no es dudosa, y resulta del texto y del espíritu de la ley. Con el nombre de caminos vecinales, la ley comprende toda clase de vías que sirven de comunicación en la comuna, así las que pertenecen á ésta á título de servidumbre, como las que le pertenecen á título de propiedad (arts. 1 y 29). Principalmente la disposición del art. 10, relativa á la prescripción, se ha introducido en la ley teniendo en cuenta, sobre todo, los caminos de servidumbre. El ministro de gobernación fué quién la propuso y la motivó en estos términos: "como la mayor parte de los autores interpretan el código civil en el sentido que una comuna no puede adquirir una servidumbre de paso por prescripción, se ha pensado que las comunas podían verse expuestas por uno ó dos siglos á ver que se disputaba el goce de todos sus *derechos de servidumbre*, por más que constasen en los planos; esto es lo que yo he querido evitar con mi enmienda" (1). En presencia de esta

1 Delebecque, "Comentario legislativo de la ley de 10 de Abril de 1841," p. 33, núm. 66.

declaración, ya no puede haber la menor duda. La jurisprudencia se haya en este sentido, y á decir verdad, la cuestión nunca ha sido objeto de debate en los tribunales.

213. ¿Cuales son las condiciones de esta prescripción? La ley exige la posesión de diez ó veinte años y un título, y hay que añadir la buena fe. En efecto, la ley habla de la *prescripción* de diez ó veinte años; ahora bien, esta prescripción que ordinariamente se llama usucapión, se funda en la buena fe y en el título del poseedor. Así, pues, el texto sería suficiente para decidir la cuestión. El espíritu de la ley no deja duda alguna. Al proponer su enmienda, el ministro de gobernación declaró formalmente que bien se dejaba entender que, para que la ordenanza de la diputación pudiera servir de título, era preciso que se le uniesen la *posesión* y los *demás requisitos* prescritos por el código civil.

Hay, sin embargo, una gran diferencia entre la prescripción de la ley de 1841 y la usucapión del art. 2265. Una y otra se fundan en un título por el título exigido por el código civil es un justo título, es decir, un título translativo de propiedad: mientras que la ordenanza que sirve de título en materia de caminos vecinales se funda en actos administrativos, el cual no es ciertamente translativo de propiedad, supuesto que, al contrario, deja íntegra la cuestión de propiedad, según los términos del art. 10. Así, pues, la ley de 1841 da muy impropriamente á esta ordenanza el nombre de título. Y aun resulta una singular anomalía. La usucapión propiamente dicha, la del artículo 2265, aunque basada en un justo título, no se admite para la adquisición de las servidumbres. En la discusión de la ley de 1841, propusieron que se admitiese; la proposición fue desechada, porque no se quería derogar el código civil. Sin embargo, la ley consagra el principio de la prescripción adquisitiva fundada en la ordenanza de la di-