

putación provincial. La anomalía no es más que aparente. ¿Cuál es el motivo por el cual el legislador francés ha rechazado la prescripción como medio de adquirir las servidumbres discontinuas? Que la posesión se presume precaria, ó por mejor decir, de tolerancia y de familiaridad. Este motivo subsiste, como lo hemos dicho (núm. 194), aun cuando haya un título emanado del que no es propietario del predio sirviente. Pero desaparece cuando un acto de la autoridad pública, después de un dilatado procedimiento, hace constar que la comuna ha ejercido un paso á título de servidumbre. Se puede todavía poner en duda la existencia de un derecho de servidumbre, é impedir, por consiguiente, la prescripción; la ordenanza de la diputación da á las partes interesadas un plazo para que promuevan; si guardan silencio durante diez ó veinte años, cuando diariamente practican el paso los habitantes, cesa toda presunción de tolerancia, porque el paso se reivindica y se ejerce á título de derecho.

214. Luego la ley de 1841 deroga el código civil. Es importante precisar en qué consiste la derogación y cuál es su extensión. Bajo el imperio del código, las comunas no podían reclamar paso, á título de servidumbre, fundándose en la prescripción. La nueva ley admite la prescripción como medio de adquisición de los caminos de servidumbre, con una condición, y es que haya una ordenanza de la diputación provincial que comprenda el paso entre los caminos vecinales. Luego si no hay ordenanza, ya no puede tratarse de prescripción, en virtud de la ley de 1841; se vuelve por consiguiente, al imperio del código civil que desecha toda prescripción en materia de servidumbres discontinuas.

La servidumbre de paso adquirida por prescripción, en virtud de la ley de 1841, difiere en gran manera de la servidumbre de paso cuya prescripción prohíbe el código

civil. Esta es de interés privado, y la otra de interés general; constituye un camino público, y como tal está clasificado entre los caminos vecinales por un acto de la administración; el camino adquirido á título de servidumbre se asimila en todo á los caminos públicos cuyo suelo pertenece á la comuna. De aquí se deducen importantes consecuencias. Hay una que está consagrada por el texto de la ley de 1841: según los términos del art. 12, los caminos vecinales son imprescriptibles, porque forman parte del dominio público de la comuna, el cual está fuera del comercio. Esta disposición se aplica igualmente á los caminos de servidumbre; en efecto, ella comprende todos los caminos vecinales, "reconocidos y mantenidos por los planos generales de alineamiento," ahora bien, los caminos de servidumbre constan también en estos planos. No hay más que una diferencia entre los caminos de servidumbres y los de propiedad, y es que el suelo de los primeros pertenece á los ribereños, y continúa perteneciéndoles, por larga que sea la posesión de la comuna, porque su posesión es siempre una posesión de servidumbre. Por todo el tiempo que los caminos de servidumbre estén consagrados al uso público, los propietarios del suelo no pueden ejercer en ellos ningún derecho de goce en su calidad de propietarios, porque la propiedad útil está en manos de la comuna. Pero si se abandona el camino, los ribereños vuelven á entrar á la plenitud de sus derechos; recobran los terrenos que jamás han cesado de pertenecerles. No obstante, este recobro está sometido á condiciones especiales. Se necesita que el cabildo de los municipios acuerde que consta el abandono total ó parcial del camino; los propietarios deben además pedir al ayuntamiento una autorización, que por lo demás no se puede negarles, salvo el pagar el aumento de valor, art. 29.



Estamos diciendo que la propiedad que los ribereños conservan en los caminos de servidumbre no les da ningún derecho por todo el tiempo que los caminos sirvan al público. ¿Debe concluirse de aquí que los ribereños puedan abrir vistas y salidas hacia los caminos de servidumbre, como tienen el derecho cuando se trata de un camino cuyo suelo pertenece á la comuna? En este punto hay alguna duda. Puede decirse que el camino de servidumbre sigue siendo una servidumbre de paso, que la nueva ley no ha derogado el código civil sino en lo concerniente á la adquisición de estos caminos por prescripción, que bajo todos conceptos los principios del derecho común deben recibir su aplicación. Ahora bien, claro es que el propietario del predio dominante no tiene los derechos de vista y de salida hacia el predio gravado con una servidumbre de paso. La corte de Bruselas se ha pronunciado en este sentido; pero su sentencia ha sido casada. No es exacto que la derogación impuesta por la ley de 1841 al código civil se limite á la adquisición de los caminos de servidumbre por la prescripción. Una vez adquiridos, estos caminos se someten en todo el régimen de los caminos vecinales cuyo suelo pertenece á la comuna. Son caminos públicos; ahora bien, los caminos públicos no sirven únicamente para el paso; dan también á los ribereños los derechos de vista y de salida. La ley no hace ninguna distinción, bajo este concepto, entre los caminos de servidumbre y los caminos de propiedad. El art. 12 declara todos los caminos vecinales imprescriptibles, por todo el tiempo que sirvan para el uso público; luego todos tienen el mismo destino, el de servir al público, y naturalmente respecto á todas las ventajas que el público saca de un camino. Esto decide la cuestión en la cual están en desacuerdo la corte de Bruselas y la de casación (1).

1 Bruselas, 24 de 1869, (*Pasicrisia*, 1869, 2, 337). Casación, 18 de

b) *Del paso á título de propiedad.*

215. ¿Las comunas pueden adquirir la propiedad de un camino por prescripción? En principio, esto no da lugar á dudas. La prescripción es uno de los medios de adquirir la propiedad (arts. 711 y 2219); y siendo las comunas personas civiles, son por eso mismo capaces de adquirir, sin distinguir entre la prescripción y los demás modos legales de adquisición. Pero la aplicación del principio suscita serias dificultades. La comuna reclama un camino por pertenecerle á título de propiedad é invoca la prescripción. ¿Cómo probará ella su derecho? La prescripción se funda en la posesión, ésta se establece por actos de paso; consta que los habitantes han pasado treinta años por el camino que la comuna reivindica, ¿será esto bastante para que se reconozca á la comuna propietaria? Planteada en estos términos, la cuestión debería resolverse negativamente. En efecto, el código presume que es un acto de tolerancia el hecho de pasar por el predio ajeno, y esta es la razón por la cual no admite la adquisición por prescripción de una servidumbre de paso. Y si el hecho de pasar no puede fundar una servidumbre, es decir, un desmembramiento de la propiedad, ¿cómo había de poder hacerlo la propiedad misma? Si se presume que el paso es de tolerancia cuando se trata de una servidumbre, ¿cómo había de cambiar de carácter cuando se trata de la propiedad? ¿No es más racional reconocer que la presunción de tolerancia ó de hecho precario que impide que los actos de paso establezcan una simple servidumbre, debe con mayor razón quitarles toda eficacia para prescribir la propiedad? Esta objeción la han aducido excelentes inge-

Marzo de 1870, (*Pasicrisia*, 1870, 153) y la requisitoria del procurador general Leclercq (*ibid*, ps. 159 y siguientes).



nios (1); y en los términos en que hemos planteado la cuestión, nada hay que contestar. Se ha fallado en este sentido, que los actos de paso invocados por una comuna no podían fundar en su provecho ni servidumbre ni propiedad (2) ¿No es esto ir demasiado lejos? Por lo menos hay que cuidarse de inferir de esta sentencia que la propiedad de un camino no puede adquirirse por prescripción. La dificultad es de prueba, es decir, de hecho más bien que de derecho. En este sentido se ha pronunciado la corte de casación; ella asienta como principio, que las comunas pueden adquirir la propiedad de un camino público por la prescripción, salvo que ellas prueben que la posesión que alegan presenta los caracteres requeridos por la ley; el simple hecho del paso no será suficiente, se necesitarán otros hechos que los tribunales apreciarán; si encuentran que los actos de posesión establecen un derecho de servidumbre más bien que un derecho de propiedad, la comuna no tendrá el camino ni á título de propiedad, supuesto que no prueba su derecho, ni á título de servidumbre, porque ella no puede adquirirla por prescripción (3).

216. Tal es la solución de la dificultad según el derecho civil puro. Hay, además, que tener en cuenta la modificación que la ley de 1841 ha traído al código Napoleón. El art. 10 admite la prescripción de diez y veinte años, cuando hay una ordenanza de la diputación provincial que clasifique el camino entre los comunales. Esta disposición no distingue entre los caminos de propiedad y los de servidumbre; luego es claro que se aplica á la adquisición de la propiedad de un camino público. Resulta de esto una

1 Véase el informe del consejero Mesnard sobre la sentencia de denegada apelación de 15 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 109); cita á Pardessus, Garnier y Dalloz.

2 Burdeos, 13 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1856, 2, 26).

3 Burdeos, 13 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1856, 2, 26).

consecuencia importante y una nueva derogación de los principios del código civil. Hay una ordenanza que comprende al camino litigioso entre los públicos vecinales; se pone en duda la propiedad de la comuna; ésta, dice el artículo 10, será admitida á establecer su derecho de propiedad por la prescripción de diez ó veinte años. ¿Podrá ella alegar los actos de paso para probar su derecho? No nos parece dudosa la afirmativa, porque la ordenanza de la diputación destruye, como acabamos de decirlo, la presunción de hecho precario que el código Napoleón atribuía á los actos de paso. Desde el momento en que hay una ordenanza de la diputación, el derecho de pasar establece la existencia de un derecho. ¿Pero de qué derecho? Puede ser éste un derecho de servidumbre ó un derecho de propiedad; así, pues, vuelve á aparecer la dificultad de la prueba. No bastará que la comuna pruebe que los habitantes han pasado durante diez ó veinte años, para que sea declarada propietaria del camino, porque ellos pueden haber pasado á título de servidumbre. Será pues, preciso, que la comuna pruebe con otros hechos que ha poseído el paso á título de propiedad (1).

La ley de 1841 no deroga únicamente el código civil en lo concerniente á la prueba, sino también en cuanto al modo de prescripción. Según el código civil, la prescripción sin título ni buena fe exige una posesión de treinta años (art. 2262), y una posesión de diez ó veinte años, cuando el poseedor tiene la buena fe y un título; este título debe ser justo, es decir, translativo de propiedad (art. 2265). Cuando existe una ordenanza de la diputación permanente, la prescripción se reduce á diez ó veinte años, aun cuando no haya justo título; la ordenanza de la diputación hace las veces de éste.

217. ¿Cuál es el efecto de la ordenanza en cuanto á los

1 Compárese Agen, 23 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 175).



derechos de la comuna y de los terceros? El art. 10 de la ley dice que la ordenanza de la diputación provincial que acuerda definitivamente el plaso, no ocasiona ningún perjuicio á las reclamaciones de propiedad ni á los derechos que de ella se derivan. En el proyecto del gobierno se decía que la ordenanza no causaba ningún perjuicio á los derechos de los terceros. En la discusión criticaron esta disposición porque no era bastante amplia. El objeto del artículo 10, tal como está redactado, es limitar las atribuciones de la diputación; ésta no decide ninguna cuestión de propiedad, porque permanecen intactas dichas cuestiones (1). Esto se deja entender, puesto que según nuestra Constitución, las contiendas que tienen por objeto derechos civiles son del resorte exclusivo de los tribunales (art. 92). Hay bajo este concepto una diferencia entre el derecho belga y el derecho francés; la señalamos para que nuestros jóvenes lectores se pongan en guardia contra la aplicación de la jurisprudencia de las cortes de Francia. Se ha fallado por la corte de Bruselas que el acuerdo que clasifica un camino entre los vecinales implica atribución legal del camino á la comuna (2). De esto resulta que la comuna que reclama un camino por suyo nada tiene que probar; el acuerdo de clasificación constituye un título á su favor, salvo á los que se pretenden propietarios el rendir la prueba contraria. Según nuestro derecho público, y principalmente según la ley de 1841, la ordenanza no constituye ningún título de propiedad, ni siquiera una presunción, á menos que haya prescripción.

218 ¿Qué debe resolverse cuando no hay ordenanza de la diputación provincial? Esto no impide que la comuna reivindique los caminos que le pertenecen. En efecto, la ordenanza es extraña á las cuestiones de propiedad; no

1 Delebecque, "Comentario," p. 32, núm. 64. Gante, 1.º de Julio de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 324).

2 Burdeos, 12 de Noviembre de 1852 (*Dalloz*, 1856, 2, 26).

tiene influencia sobre el derecho de la comuna sino cuando hay prescripción de diez ó veinte años. Si la comuna no alega esta prescripción, deja de estarse en el caso del art. 10; lo que equivale á decir que se vuelve á entrar al dominio del derecho común. La jurisprudencia francesa admite también que la clasificación administrativa no es necesaria para que las comunas puedan reclamar la propiedad de un camino público; la propiedad de éstas se reclamará por todos los medios legales que los particulares pueden reclamar. De esto resulta que la comuna podrá fundar su derecho en la prescripción ordinaria de treinta años (1). Pero entonces las dificultades de prueba reaparecen. Acerca de este punto puede uno prevalerse de la jurisprudencia francesa.

La dificultad consiste en distinguir los caminos de servidumbre de los caminos de propiedad: los primeros no pueden adquirirse por la posesión de treinta años, mientras que los otros pueden prescribir. Se necesita que la comuna pruebe que el camino es público. El hecho de que los habitantes han pasado por el camino no es suficiente para que sea público, puesto que el paso puede que no sea más que un paso de servidumbre, es decir, de tolerancia, lo que excluye todo derecho tanto de servidumbre como de propiedad; se necesita, como lo ha fallado la corte de casacion en la sentencia que acabamos de citar, "que la comuna haya hecho pasar el camino al dominio comunal por medio de una apropiación caracterizada." La sentencia indica el género de pruebas que la comuna debería procurar: la excavación de zanjas, el empedrado y conservación del camino á expensas de la municipalidad, la erección de un monumento público, por ejemplo de una cruz; la circunstancia de que el camino sirve de comunicación en-

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Febrero de 1857 (*Dalloz*, 1857, 1, 256). Bourges, 30 de Enero de 1826 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 1137, 3.º).



dos comunas ó de reunión entre dos caminos públicos. Corresponde á los jueces del hecho comprobar si la posesión hace prueba de la propiedad, ó si no es más que un paso de tolerancia (1). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está de acuerdo, en este punto, con la de las cortes de Francia; en derecho no hay ninguna duda, y la dificultad sólo es relativa á la prueba. La corte de Bruselas ha fallado que el hecho solo de que los habitantes hayan pasado por el camino, no es suficiente para volver propietaria á la comuna, cuando el paso no es más que de simple tolerancia (2), y todo paso, cuando no hay ordenanza de la diputación permanente se presume de tolerancia por el código. Como lo dice muy bien la corte de Gante (3), el hecho solo de pasar, insuficiente para caracterizar una posesión capaz de hacer adquirir una simple servidumbre de paso por medio de la prescripción, no puede ser suficiente para adquirir, por este medio, la propiedad misma del camino; los vicios de discontinuidad, de tolerancia, de hecho precario de que está manchado el hecho de paso, y que impiden la prescripción de una servidumbre de paso, impiden con mayor razón la prescripción de la propiedad entera.

### SECCION III.—Del ejercicio de las servidumbres.

#### § I.—CUALES SERVIDUMBRES PUEDEN ESTABLECERSE.

219. El art. 686 dice que se permite que los propietarios establezcan en sus propiedades, ó en favor de éstas, las servidumbres que les parezca. Este derecho se deriva del poder que tiene en su cosa el propietario, el cual pue-

1 Burdeos, 11 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 de Enero de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1138).

2 Gante, 30 de Junio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 185).

3 Burdeos, 26 de Octubre de 1859, y 16 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 61 y 63). Compárese Bruselas, 18 de Julio de 1849 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 185).

de disponer de ella de la manera más absoluta (art. 544), lo que implica la facultad de desmembrarla ó de gravarla con derechos reales. Cuando el desmembramiento aprovecha á otra persona ó á otra heredad, toma el nombre de servidumbre personal ó real. Parece que el art. 686 prohíbe las servidumbres personales, porque agrega: "Con tal, no obstante, que estos servicios no se impongan ni á la persona, ni á favor de la persona, sino únicamente á un predio y para un predio." Nosotros hemos explicado esta disposición en otra parte de esta obra (t. VII, núms. 144 y 145, y t. VI, núm. 323). Aquí no nos ocupamos más que de las servidumbres reales. El establecimiento de éstas sufre igualmente una restricción; el art. 686 añade: "Con tal que, por otra parte, estos servicios nada tengan de contrario al orden público." Esta reserva es de derecho común. Los particulares nunca pueden derogar las leyes que interesan al orden público (art. 6). Hemos dicho en el tomo I de esta obra (núms. 47 y 49) que esta regla debe formularse de una manera más general; no se permite á las partes contrayentes que deroguen lo que es de interés general. El principio recibe también su aplicación á las donaciones y testamentos. Hay, sin embargo, gran diferencia entre los contratos á título oneroso y los actos á título gratuito: en éstos las cláusulas y condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres se tienen por no escritas, artículo 900, mientras que estas mismas condiciones vuelven nulo el convenio que de ellas depende (art. 1172). Volveremos á insistir en estas diferencias en el título de las *Donaciones*.

Las palabras *orden público* tienen una doble significación: en el sentido estricto se refieren al estado de las personas, y significan que las servidumbres convencionales no pueden derogar las leyes que han abolido el régimen feudal, como