

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

lo hemos explicado al exponer los principios generales sobre las servidumbres. La expresión *orden público* tiene, además, un sentido más amplio, es sinónima de *interés público*; así es que los convenios que establecen una servidumbre no pueden derogar el interés general. Hemos visto una aplicación de este principio al explicar el art. 674. Este artículo prescribe las precauciones que deben tomarse para ciertas construcciones que pueden dañar á los vecinos; unas son de interés privado, y se permite á las partes contrayentes que las renuncien; las otras son concernientes á la seguridad pública, y no se permite deragorlas (núm. 26).

220. La aplicación del art. 686 suscita dificultades en buen número. Con frecuencia es difícil determinar el carácter de un derecho estipulado por las partes contrayentes ¿Es un derecho de obligación? ¿es un derecho de servidumbre? Tal es la cuestión de saber si el derecho de caza puede estipularse á título de derecho real; nosotros la examinamos en otro lugar (t. VI, núm. 106; y t. VII, números 106 y 108). A veces lo que es incierto es la calificación del derecho real. Si el derecho es un derecho real, bastante poco importa de qué manera se le califique, supuesto que es de principio que los propietarios pueden desmembrar su derecho de propiedad como se les ocurra, y todos estos derechos reales están regidos por los mismos principios. Vamos á recorrer algunos casos que se han presentado ante los tribunales.

Se pregunta si se puede estipular, á título de servidumbre, el derecho de plantar en terreno ajeno. Hay que distinguir las plantaciones que se hacen en la vía pública y las que se hacen en una propiedad particular. En cuanto á los árboles plantados en un camino público, la ley de 28 de Agosto de 1792 dispone, art. 14: "todos los árboles actualmente existentes en los caminos públicos, que no

sean los caminos reales nacionales, y en las calles de las ciudades, aldeas y villorios se reputan como pertenecientes á los propietarios ribereños, á menos que las comunas justifiquen haber adquirido la propiedad por título ó posesión." ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Los ribereños tienen la propiedad de los árboles plantados en un terreno que, de derecho común, forma parte del dominio público de la comuna. Ahora bien, según los términos del art. 547, los árboles pertenecen como frutos al propietario del predio, por derecho de accesión. Así, pues, cuando los árboles son propiedad de los ribereños, el dominio de la comuna se desmembra. En vano se diría que, estando el dominio público fuera del comercio, no se le puede gravar con una servidumbre. Este principio no es absoluto. Aquí hay una ley formal que pone fin á toda duda: los ribereños tienen derecho á aquellos árboles que, en virtud del derecho de propiedad, deberían pertenecer á la comuna, y éste es ciertamente un derecho real. ¿Este derecho existe también en el sentido de que los ribereños tengan derecho á hacer nuevas plantaciones? La ley de 92 no les da el derecho de plantar, sino que antes bien se los rehúsa, supuesto que limita el derecho de los ribereños á los "árboles actualmente existentes." Al discutirse la ley de 1841 sobre los caminos vecinales, se suscitó la cuestión en el senado. Sostúvose que los ribereños tenían el derecho de plantar en virtud de la ley de 1792, cosa que no es exacta. El ministro de gobernación declaró que si un ribereño había adquirido el derecho de plantar en un camino, se le conservaba este derecho.

¿Pero cómo puede adquirir ese derecho? El ministro contesta que podrá adquirirlo por la prescripción (1). Hay que añadir que los ribereños tienen ese derecho á

1 Delebecque, "Comentario sobre la ley de 10 de Abril de 1841," 55, núm. 92.

título de propietario, allí en donde, como en Flandes, tienen la propiedad de los caminos vecinales, de los cuales las comunas tienen únicamente el goce á título de servidumbre. Por derecho común, el propietario de un predio sirviente puede plantar en el camino que sirve de paso, con tal que la plantación no haga un perjuicio á la servidumbre, art. 701. Ahora bien, se supone que la plantación no perjudica la circulación, que no es contraria al destino del camino, porque de lo contrario podría ser cuestión de prescripción. Luego se permanece bajo el imperio de los principios generales, lo que decide la cuestión en favor de los ribereños. Si se puede tener el derecho de plantar en una vía pública, á título de servidumbre, con mayor razón se puede tener ese derecho en las propiedades privadas. Y siendo la servidumbre aparente y continua, podrá adquirirse por la prescripción. En otro lugar de esta obra hemos dicho que el derecho de tener árboles en el predio ajeno existe en muchas localidades. Merlin llama á este derecho una propiedad parcial (1). ¿No es más bien una servidumbre? El que tiene derecho á una cierta especie de árboles que crecen en un bosque ningún derecho tiene en el suelo, por lo que no es propietario; tiene derecho á los frutos sin tener la propiedad del suelo que los produce. Este, en verdad, es un derecho de una naturaleza particular. Difiere de las servidumbres, en que la servidumbre es un derecho inmobiliario, mientras que el derecho que se tiene en los árboles, cuando no es uno propietario del suelo, es un derecho mobiliario. No es un derecho de propiedad, puesto que el suelo pertenece á otro. Luego es un derecho de una naturaleza especial. Hay una sentencia de la corte de casación que parece contraria. En el caso de que se trata, la posesión de los ár-

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra Comuna, pfo. 7°. Y el t. 6° de estos "Principios," núm. 85.

boles era un simple hecho, porque el poseedor no había alejado una posesión á título de propietario ni á título de servidumbre. La cuestión entraba, pues, bajo la aplicación del art. 555, y nada de común tenía con la dificultad que acabamos de examinar (1). Esta materia da margen á otras muchas dificultades; pero creemos inútil entrar al debate, porque casi no tiene interés práctico.

221. Una comuna, al vender un terreno contiguo á una plaza pública, estipula que los adquirentes estarán obligados á edificar dentro de un plazo determinado. Esta estipulación se hizo evidentemente en provecho de la plaza pública. ¿Es una servidumbre? La corte de Gante falló que es un gravamen real que pesa sobre los terrenos vendidos, y que, en consecuencia, los sigue en las manos de los sub-adquirentes. Estos no pueden quejarse de que se imponga á su propiedad una restricción en la cual no han consentido. Si el gravamen es real, pasa por lo mismo á todos los sucesores del predio, sin que deba declararse. Los terceros, por otra parte, están avisados por el registro de la escritura de venta (2). Nosotros creemos que el tribunal ha fallado bien. Queda por saber si este gravamen constituye una servidumbre. No lo creemos así. Se objeta que si existe una servidumbre de no edificar, puede haber también una de edificar; que en uno y otro caso, el derecho del propietario está restringido. Nosotros contestamos que las servidumbres no consisten en hacer; la ley permite, cierto es, cargar al propietario del predio sirviente con los trabajos necesarios para el uso de la servidumbre; pero este gravamen, real también, es el accesorio de una servidumbre principal; mientras que en el caso de que se trata, la carga principal consistiría en hacer. Lue-

1 Sentencia de casación, 11 de Junio de 1839.

2 Fallo del tribunal de Gante, de 13 de Agosto de 1860. A apelación, el negocio se transó. ("Bélgica judicial," t. 22, p. 884).

go es una carga de una naturaleza particular. Si el tribunal ha resuelto que fuese real, es porque se había estipulado en provecho de una plaza pública y no en interés de una persona; en este sentido, participaba del carácter de las servidumbres.

222. Se ha estipulado en una escritura de venta "que las construcciones que se levanten en los terrenos que los vendedores posean todavía deberán ser del uso de habitaciones burguesas, hechas y agenciadas como tales." La corte de Lyon falló que esta estipulación constituía una servidumbre; la sentencia la asimila á la servidumbre de no edificar (1). ¿No podría objetarse que en este caso hay también obligación de hacer, y por lo tanto servidumbre? Nó; hay una diferencia entre el caso que acabamos de examinar, núm. 221, y éste. En el primero, los adquirentes estaban obligados á edificar, es decir, á hacer. Mientras que en el caso resuelto por la corte de Lyon, los vendedores no estaban obligados á edificar; pero si edificaban, debían construir casas burguesas; luego les estaba prohibido construir casas obreras; en este sentido, el gravamen que se les imponía consistía en no hacer, luego había servidumbre. Se hacía otra objeción, pretendiendo que la obligación de no edificar más casas que burguesas era un derecho de crédito, es decir, una obligación personal impuesta á los vendedores, y de aquí se concluía que el gravamen, no siendo real, no pasaba á los sucesores. La corte de Lyon contesta que los términos de la convención eran absolutos, de lo que resultaba que el gravamen estaba impuesto á todo poseedor de predio, por lo que constituía una servidumbre. Es verdad que el convenio agregaba que, una vez construidas las casas, se tendría por cumplida la estipulación, porque las partes no pretendían crear una "servidumbre perpetua." Pero esta cláusula no

1 Lyon, 1.º de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 71):

probaba más que una sola cosa, y es que la servidumbre en lugar de ser perpetua, no era más que transitoria.

223. ¿La obligación de salir los inconvenientes del humo que se escapa de las chimeneas vecinas es una servidumbre? En otro lugar de esta obra (t. VI, núm. 146) hemos dicho que esta obligación es una de las que nacen de la vecindad; luego es de derecho común; es condición natural de la propiedad la de ser restringida por el derecho igual de los otros propietarios. Sin embargo, estas cargas nacidas de la vecindad tienen su límite. Ellas se justifican por la consideración de que si un propietario experimenta una molestia él por su parte hace sufrir la misma molestia á su vecino. Se rompe esta igualdad cuando uno de los vecinos hace un uso inmoderado de su derecho, ó cuando se levanta una de esas inmensas fábricas que difunden una humareda dañosa al vecindario. En otros casos, la emisión del humo toma los caracteres de una verdadera servidumbre. Quiere decir que el propietario no puede esparcir un humo excepcional sino cuando ha adquirido el derecho por título. La corte de Metz así lo ha fallado (1). Acabamos de decir que se necesitaba un título; en efecto, la servidumbre es discontinua, puesto que cada día se necesita el hecho del hombre para que el humo se produzca. En el caso juzgado por la corte de Metz, la servidumbre se había adquirido bajo el imperio del antiguo derecho, luego formaba un derecho adquirido al publicarse el código civil.

224. ¿El derecho de excavar para buscar minas, constituye una servidumbre? Cuando se estipula este derecho en provecho de una mina, no hay duda alguna, supuesto que, en este caso, hay un gravamen establecido en un predio para provecho de otro. ¿Pero qué debe resolverse si hay una simple concesión de minas hecha á un tercero no

1 Metz, 29 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 26).

propietario de los predios que se deben explotar? ¿En dónde está entonces la heredad dominante? ¿y si no hay predio para cuya utilidad se estipule el gravamen, puede haber servidumbre? La cuestión ha sido resuelta afirmativamente por la corte de casación de Bélgica. En otro lugar de esta obra hemos dicho que las minas forman una propiedad particular, distinta de la superficie del suelo en el cual se hallan. El gobierno tiene derecho á conceder á otro que no sea el propietario la explotación de la mina y la facultad de hacer exploraciones en los terrenos vecinos. Este derecho de explotación es un gravamen que pesa sobre un predio por interés de la explotación concedida; ahora bien, la concesión de una mina es un derecho inmobiliario, luego hay un predio dominante y un predio sirviente. Si no hay concesión, sino un simple derecho para hacer excavaciones para lograr el descubrimiento de la mina ¿habrá todavía servidumbre? La sentencia está concebida en este sentido, porque supone que aun no está otorgada la concesión (1). Creemos que en esto hay error, porque ya deja de haber predio dominante. ¿Quiere decir esto que el gravamen no sea real? Claro es, que sí lo es por su naturaleza misma: porque el objeto de la concesión es el derecho de explorar la mina en los predios, haciendo abstracción de los poseedores. Esto basta para que haya derecho real, pero no todo derecho real es una servidumbre.

§ II.—DEL MODO DE EJERCER LAS SERVIDUMBRES.

Núm. 1. *Del título.*

I. *Principio de interpretación.*

225. Según los terminos del art. 686, el uso y la extensión de las servidumbres establecidas por el hecho del

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Mayo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 385).

hombre se rigen por el título que las constituye. El título forma, en efecto, la ley de las partes, cuando es una convención (art. 1134); y si es un legado nace igualmente de una especie de contrato de la excepción del legatario. Ninguna duda hay en cuanto al principio; ¿pero cuál es la regla de interpretación que debe seguirse? Este es el punto importante. Toullier contesta, siguiendo á Domat: “Como las servidumbres derogan la libertad natural, se las debe restringir á lo que parezca estrictamente indispensable para la necesidad de los predios á los que son debidas, y se debe disminuir su molestia en todo lo posible (1).” Esto es demasiado absoluto y la fórmula ciertamente que excede el pensamiento del autor. Se halla en Dumoulin una fórmula en apariencia enteramente contraria. Toullier concluye que, en las dudas, debe uno pronunciarse en favor del predio sirviente; mientras que Dumoulin dice que, en las dudas, la servidumbre no debe presumirse limitada (2); de suerte que uno de ellos restringe la servidumbre y el otro no la restringe. ¿Cuál de las dos reglas es la que debe seguirse? A nosotros nos parece que como la ley no establece principio especial en lo concerniente á la interpretación de los títulos constitutivos de servidumbre, hay que señarse á los principios generales que establece el código en el título de las *Obligaciones*, acerca de la interpretación de las convenciones. Ahora bien, leemos en el art. 1156 que se debe, en los convenios, investigar cuál ha sido la común intención de las partes contrayentes. Esta es una regla fundamental que no tiene excepción, porque la voluntad de las partes es siempre su ley. Así, pues, cuando el propietario de una heredad la ha gravado con una servidumbre en terminos

1 Toullier t. 2º, p. 303, núm. 654. Domat, lib. I, tít. XII, sec. I, núm. 9

2 Dumoulin, “Redivido et individo, part. III, núm. 83.