

lidad en el título de las *Servidumbres*; pero los arts. 700, 709 y 710 consagran las aplicaciones más usuales de la doctrina enseñada por Pothier. Volveremos en lo de adelante á tratar esta materia; por el momento, haremos únicamente constar los principios de donde se derivan las consecuencias que el legislador francés ha formulado. Las servidumbres reales son indivisibles en el sentido de que no pueden adquirirse por una parte alícuota matemática; ni siquiera se concibe que se compre una quinta parte del derecho de tránsito por un predio, ni que se posea ó se prescriba una quinta parte del derecho de luces en una heredad. Y lo que es verdad de la adquisición del derecho lo es también de la extinción de las servidumbres. Las servidumbres son aun indivisibles en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y que afectan á cada parte de la heredad sirviente. Esto no impide, como ya lo dijo Pothier, que el ejercicio de las servidumbres pueda limitarse en cuanto al lugar, al tiempo y al modo. Y puesto que esto puede hacerse por convenio, puede también hacerse por prescripción. Creemos inútil combatir las opiniones contrarias, porque el disentiendo no se basa más que en abstracciones; acerca de las cuestiones de aplicación, todos están de acuerdo.

§ III.—DIFERENCIA ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA PROPIEDAD.

*Núm. 1. De la propiedad exclusiva.*

158. A primera vista, podría creerse imposible confundir la propiedad con la servidumbre, que no es más que un desmembramiento de la propiedad. Sin embargo, hay muchos casos en que un solo y mismo derecho puede tener las apariencias de una servidumbre ó de una propiedad. Citaremos un ejemplo que se ha presentado ante la corte de casación. Un propietario cede á título de alber-

gue (1) dos bandas de tierra, mediante un censo anual, y además, con la obligación contraída por el albergatario de *mantener una vereda* que atravesaba una de las dos bandas y de reemplazar los árboles que perecieran. ¿El albergador se había reservado la vereda ó calle á título de propiedad ó de servidumbre? Si á título de servidumbre, el derecho podía extinguirse por la prescripción, mientras que la propiedad no se extingue por el no-uso. Tal era el interés del debate. La corte de Grenoble resolvió que la cláusula del contrato no podía considerarse como una reserva de la propiedad del suelo de la calle, que éste era una servidumbre impuesta al predio que quedaba sujeto al derecho de tránsito, y al mismo tiempo un gravamen personal impuesto al albergatario de mantener el plantío que formaba la calle. Y como los albergatarios no habían hecho trabajos de conservación hacía más de treinta años, la sentencia los declaró eximidos de esa obligación. A recurso de casación, intervino una sentencia de denegada apelación, abandonando la interpretación de los contratos al juez del hecho (2).

159. Se ve cuál es el interés de la cuestión que acabamos de plantear. En el título del *Usufructo* llamamos la atención sobre la notable diferencia que separaba la propiedad y las servidumbres: la una está al abrigo de toda pérdida aun cuando el propietario estuviere más de treinta años sin usar de su derecho, mientras que las otras se extinguen por el no-uso, lo mismo que las obligaciones se extinguen por la prescripción, núm. 60. Hay también una diferencia en lo concerniente á la adquisición de la propiedad y de las servidumbres: la primera se adquiere por la prescripción, y cuando se trata de muebles corporales,

1 Este es el nombre que daban en el Delfinado al arrendamiento enfiteútico (Merlín, *Repertorio*).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Dalloz, *Prueba*, núm. 52).

aun basta con una posesión instantánea, mientras que las servidumbres discontinuas ó no aparentes no se adquieren sino por título. Dèjase entender que hay una diferencia capital entre el derecho del propietario y el derecho del predio dominante; el uno disfruta y dispone de la cosa de la manera más absoluta, el otro no tiene más que un desmembramiento de este derecho absoluto, y debe restringirse á los límites precisos de su derecho (1).

160. Es, pues, muy importante saber si un derecho está establecido á título de propiedad ó á título de servidumbre. ¿De qué manera distinguirlos? Antes que todo, hay que consultar el título que establece el derecho. En el caso que acabamos de citar, núm. 158, la escritura decidía con toda claridad la dificultad. El que enagena un predio, imponiendo al adquiriente el gravamen de *mantener* un paso, grava con esto el terreno vendido; en efecto, él no se reserva la propiedad del terreno por el cual el paso se practicará; luego dicho terreno queda comprendido en la enagenación, y, por consiguiente, se vuelve propiedad del adquirente; por lo mismo el paso no puede ser más que una servidumbre. La cuestión es más difícil cuando el derecho se adquiere por prescripción. Se puede adquirir por prescripción la propiedad del subsuelo, tal como una bodega, un pozo, una fosa de inodores; el artículo 553 lo supone. Se puede también adquirir por prescripción el derecho de servirse de la bodega, del pozo ó de las fosas, á título de servidumbre continua y aparente. ¿De qué manera se distinguirá la posesión á título de propietario y la posesión á título de servidumbre?

Se dice que la propiedad es una cosa corporal, mientras que la servidumbre es un derecho, una calidad activa ó pasiva del predio; la distinción es de pura teoría, y aun es muy discutible, porque la propiedad es también un de-

1 Demolombe, t. 12, p. 173, núm. 672.

recho real, el más considerable de todos, ella se ejerce en una cosa corpórea, pero lo mismo pasa con la servidumbre. En el antiguo derecho, se admitía que hay propiedad más bien que servidumbre, cuando hay incorporación, falta de edificación en la heredad vecina, y en consecuencia, se resolvía que aquél que construye un acueducto en el predio ageno, ó que incorpora un albañal á un edificio que pertenece á otro, ejecuta un acto de propiedad; de donde se concluía que los derechos de albañal y de acueducto podían adquirirse por prescripción, aun en el caso mismo en que las servidumbres no se adquirirían por la posesión (1). Se pretende que lo mismo es bajo el imperio del código civil, en el sentido al menos de que la inedificación anuncia el derecho de propiedad (2). Esto lo dice una sentencia de la corte de casación la cual invoca el art. 712 (3). Nosotros creemos que la corte ha interpretado mal ese artículo, el cual dice que la propiedad se adquiere por *accesión ó incorporación*, y por prescripción. La ley considera, pues, la *incorporación* como una especie de *accesión* lo que se refiere al art. 553, el cual decide efectivamente que hay *accesión* por la edificación ó la *incorporación* (4). Así es, que el art. 712 debe separarse como extraño á la cuestión, y el 553 tampoco la decide; en efecto, los trabajos pueden operarse para el establecimiento de una servidumbre tanto como para la adquisición de la propiedad. En definitiva la naturaleza de la posesión será lo que decida. Luego ésta es una cuestión de hecho. Una cosa es la posesión á título de propietario, título exclusivo, absoluto; y otra cosa es la posesión á título de servidumbre, título excepcio-

1 Lalaure, "Tratado de las servidumbres reales," libro 1.º cap. 9, página 170.

2 Toullier, t. 2.º, p. 203, núm. 469, *bis*.

3 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Octubre de 1811 (Dalloz, *servidumbre*, núm. 36).

4 Duvergier sobre Toullier, t. 2.º, p. 204, nota.

nal, limitado, que implica un derecho del cual no es más que un desmembramiento. La misma dificultad se presenta en caso de co-propiedad.

161. La aplicación de estos principios ha dado lugar á un debate que se llevó ante la corte de casación. Más adelante diremos que los manantiales son el objeto de una propiedad exclusiva en provecho del propietario del terreno en donde brotan. Pero el propietario inferior puede adquirir en ellos un derecho, sea por título, sea por prescripción. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? ¿es propiedad, ó es servidumbre? En el caso juzgado por la corte de casación, existía un título, que era una transacción celebrada en 1656; el propietario inferior necesitaba el agua para el regadío de sus praderas; la transacción le atribuye la totalidad de las aguas, mediante el cambio de un prado por terrenos de una continencia superior. La corte de Grenoble, interpretando dicho convenio, resolvió que éste daba al propietario inferior un derecho de propiedad en los veneros alimentadores del manantial los cuales se hallaban en el predio superior. De esto resultaba una consecuencia muy importante: el propietario del predio superior había emprendido trabajos por los cuales el propietario inferior no había hecho uso del agua; él sostenía que el derecho á ésta estaba extinguido por el no-uso. Se falló que el no-uso hace que se pierda el derecho de propiedad (1)

*Núm. 2. La co-propiedad.*

162. La semejanza entre la servidumbre y la propiedad que acabamos de señalar se presenta igualmente y con más frecuencia entre la copropiedad y la servidumbre. De aquí surgen nuevas dificultades. Reina alguna incer-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

tidumbre en esta materia en la jurisprudencia, y la doctrina es incierta y oscura. Nosotros creemos que antes que todo debe distinguirse el caso en que las partes interesadas han estipulado formalmente la co-propiedad de una cosa, y el caso en que el uso de una cosa es común entre varias personas, sin que se sepa si es á título de servidumbre ó á título de co-propiedad. A veces sucede que ciertos propietarios, al vender ó al dividir una heredad, reservan una parte accesorio para su uso común; esto tiene lugar respecto á las avenidas, callejas, patios, fosas de inodores: esto puede también tener lugar respecto á las sendas, caminos ó abrevaderos inherentes á la explotación de diversos predios ó dominios. En esta primera hipótesis, la co-propiedad es clara, puesto que estamos suponiendo que la escritura la estipula. Esta co-propiedad está regida por principios particulares acerca de los cuales insistiremos en lo de adelante (1). Así es que generalmente se admite que si la cosa común es absolutamente indispensable á los diversos co-propietarios para el servicio ó la explotación de su predio, no hay lugar á aplicar el art. 815, por cuyos términos nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión; por consiguiente, la división no podrá pedirse. Y al resolverlo así, las cortes han asimilado esta co-propiedad con una servidumbre recíproca. ¿Es esto exacto?

La corte de casación así lo ha fallado en principio. "En toda ocasión, dice ella, que entre dos heredades poseídas por diferentes propietarios, existe un objeto accesorio, una dependencia de tal suerte indispensable para la explotación de las propiedades principales, las que, sin su posesión y goce común, serían ó de ningún uso ó de un uso notablemente deteriorado, entonces, para no sacrificar lo principal á lo accesorio, no hay lugar á la parti-

1 Aubry y Rau, t. 2º, ps. 411 y siguientes, notas 1 y 3.

ción de dichos accesorios, y se tiene á los dos propietarios como que viven, á este respecto, menos en una indivisión que en una *servidumbre recíproca* del uno hacia el otro" (1). La corte de casación ha aplicado este principio á una partición que estipulaba que la puerta cochera y el patio quedasen comunes entre los co-partícipes: esto no es una indivisión, dice la sentencia, sino una "servidumbre recíproca" de uno de los propietarios hacia el otro (2).

Esta asimilación de la co-propiedad y de la servidumbre es de todo punto inadmisibile. Es contraria á un principio elemental de derecho, según el cual nadie puede tener servidumbre en su propia cosa. Los propietarios se sirven de la cosa que ha quedado común entre ellos á título de propiedad, supuesto que expresamente se han reservado su dominio; lo que excluye toda idea de servidumbre. La diferencia no es de palabras, porque los principios que rigen la co-propiedad y la servidumbre difieren en puntos esenciales, como ya lo dijimos de la propiedad. Allí en donde hay co-propiedad, hay que hacer á un lado toda idea de servidumbre. Esto es lo que la corte de casación ha resuelto en un caso más reciente, al rehusarse á aplicar á la co-propiedad el art. 701 que rige las servidumbres. En una partición se había reservado un paso, como una dependencia necesaria de cada uno de los lotes; la corte dijo muy bien que de aquello no resultaba ninguna servidumbre, supuesto que no había ni predio dominante ni predio sirviente. ¿Qué era, pues, lo que había? La avenida estaba indivisa, es decir, que era propiedad común antes de la partición; se reservó en la partición,

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1823 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1520). En el mismo sentido, Duranton, t. 5º, p. 141, número 149.

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Agosto de 1832 (Daloz, *servidumbre*, núm. 33, 2º).

luego siguió siendo lo que era, propiedad indivisa, común entre los co-partícipes (1).

163. ¿Quiéere decir esto que, en todos los casos en que una cosa accesoria sirve á varias heredades principales, deba considerarse como una dependencia de esos predios, y por consiguiente, como una cosa común ó una co-propiedad? Nó: desde luego hay que distinguir si hay un título, ó si no lo hay. Si en una escritura de venta ó de partición, se estipula que habrá una salida ó una calle que, á la vez que sea propiedad de una de las partes contrayentes, servirá para el uso de todas las demás, es claro que habrá servidumbre respecto de aquellos que usen de la cosa sin ser propietarios, en provecho de sus heredades; estas heredades serán los predios dominantes, y la cosa sobre la cual se ejercerá el derecho de salida será el predio sirviente. El propietario de la puerta ó de la avenida se servirá igualmente de ellas, pero á título de propiedad. De aquí resultará que una sola y misma cosa será el objeto de una propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y de un derecho de servidumbre para los demás. De aquí pueden surgir conflictos de intereses. En cambio ya no habrá contienda posible sobre la división de la cosa, supuesto que ya no será común, y el derecho de servidumbre asegurará á los propietarios de los predios dominantes la ventaja que querían reservarse, supuesto que las servidumbres son perpetuas y no pueden redimirse (número 155).

Así, pues, un solo y mismo uso, la salida ó el paso, puede estipularse sea á título de co-propiedad, sea á título de servidumbre. Esto es lo que Toullier expresa muy bien, y la cosa es evidente (2). "En lugar, dice él, de de-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1858 (Daloz, 1, 125). En este sentido Daloz, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, número 34.

2 Toullier, t. 2º, p. 208, núm. 469 (edición de Duvergier).

jar en estado de comunidad forzosa los objetos que sirven para todos, se puede dar la propiedad á uno de los interesados y gravarlos con un derecho de servidumbre á favor del otro interesado. Por ejemplo, al dividir dos casas vecinas, ó una casa compuesta de varios pisos, se puede convenir que el pozo, el patio, etc., seguirán siendo comunes; también se puede estipular que pertenecerán á uno de los herederos, y que únicamente estarán gravados de servidumbre en favor del otro, que tendrá el derecho de tomar agua del pozo, pasar por el patio, etc." ¿De qué manera se sabrá si el derecho de salida se ha estipulado á título de propiedad ó á título de servidumbre? Nosotros suponemos siempre que haya un título. Los tribunales lo interpretarán sin que pueda invocarse una presunción cualquiera que sea, ni de servidumbre ni de co-propiedad, supuesto que la ley no establece ninguna.

Se ha fallado que un camino practicado en un terreno indiviso, y mantenido después de la partición de dicho terreno, debe considerarse como una co-propiedad más bien que como una servidumbre de tránsito. En efecto, en el momento en que aquel camino se ha practicado, era indiviso como el predio, luego era co-propiedad; para volverse propiedad exclusiva, habría debido ser atribuido á uno de los co-participes; por el hecho solo de que fué mantenido, sin ponerlo en ningún lote, siguió siendo lo que era, indiviso, y por lo tanto, cosa común á todos (1). En cambio, se ha fallado que si el actor prueba únicamente un derecho de servidumbre, tal como el derecho de toma de agua, no puede reclamar la propiedad invocando algunas expresiones equívocas que se encuentren en las escrituras. Así es, que se hablaba de un pozo *común*, lo que podía entenderse de un pozo cuyo uso era común: la escri-

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 100).

tura imponía al que ejerciese el derecho de toma de agua la obligación de contribuir á la reparación y á la reconstrucción del pozo común, lo que, dice la sentencia, se explica por el derecho consuetudinario bajo el cual fué establecida, y el cual determina de qué manera los vecinos que tienen el derecho de toma de agua contribuyen al mantenimiento del pozo (1).

164. Hemos señalado los principios diferentes que rigen la propiedad y la servidumbre, núm. 159. Lo que hemos dicho de la propiedad se aplica también á la co-propiedad. Toullier dice que los derechos de comunidad participan de la naturaleza de los derechos de servidumbre, en que se deben á la cosa, más bien que á la persona; luego pasan con el predio al nuevo propietario (2). Esto es evidente, supuesto que la propiedad es un derecho real tanto como la servidumbre. Pero la diferencia es grande entre la servidumbre y la propiedad.

La propiedad se adquiere por la prescripción; las servidumbres discontinuas, tales como el paso, no se adquieren sino por título. Un terreno empedrado que sirve de paso separa dos casas; sólo por este paso puede llegar cada uno de los dos propietarios contiguos á su bodega y á su caballeriza. Uno de ellos se pone á construir un muro de recinto que debía encerrar el terreno en litigio. El otro reclama é invoca una posesión más que trentenaria, continua, no interrumpida, á título de propiedad. A tal pretensión el demandado objeta que la servidumbre de paso no se estableció sino por la prescripción. Una sentencia de la corte de Pau, confirmada por la corte de casación, resolvió que no se trataba de una servidumbre, sino de la co-propiedad del terreno litigioso. La posesión prolongada, dice la sentencia de la corte suprema, probaba que

1 Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisis*, 1844, 2, 259).

2 Toullier, t. 2º, núm. 469, p. 207 (edición de Duvergier).