

originariamente había existido entre los dos vecinos un convenio de disfrutar indivisamente de un terreno necesario para el servicio de sus respectivas casas, la prescripción adquirida de tal suerte hacía presumible la existencia de un título, y dispensaba de volver á presentarlo (1). Inútil era á lo que creemos, prevalerse de una presunción *juris et de jure*, cuando la prescripción hace veces de título. Si se hubiera tratado de un derecho de paso, habría sido preciso decidir que siendo discontinua esta servidumbre no se podía adquirir por prescripción (2).

Las servidumbres se extinguen por la falta de uso, mientras que el propietario conserva su derecho, por más que se esté treinta años sin usarlo. Un camino indiviso antes de la partición se mantiene como tal después de ella; ¿el derecho de pasar prescribirá por el no-uso durante treinta años? Nó, dice la corte de casación (3); esto es incontestable.

Los derechos del co-propietario son mucho más extensos que los del propietario del predio dominante. Si se trata de una servidumbre de toma de agua, el propietario tiene únicamente el derecho de tomarla; no puede lavar en ellas pastos ni legumbres; no puede enjugar lienzos. El que fuese co-propietario del pozo podría servirse de las aguas para todos los usos á que se destinan, con la sola condición de no atentar al derecho igual que el co-propietario tiene de servirse de la cosa común (4). El derecho de co-propiedad es absoluto, y la propiedad conserva tal carácter, con la limitación que acabamos de recordar. No sucede lo mismo con las servidumbres, en las que hay dos

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Enero de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1107, 2°).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1852 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 16).

3 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).

4 Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 258).

derechos en conflicto, que el legislador trata de conciliar. En general, el propietario del predio sirviente no puede hacer nada que disminuya el uso de la servidumbre; sin embargo, si el ejercicio del derecho le fuese más oneroso, si le impidiese mejorar su predio, la ley le permite que ofrezca un paraje tan cómodo como el que había sido estipulado para el ejercicio de sus derechos, y el propietario del otro predio no podría rehusarlo. Unos adquirentes de un dominio convienen, al dividirlo, en dejar en común una avenida necesaria para la limpia y explotación de los bienes divididos. Uno de ellos, que llega á ser propietario, por sucesivas adquisiciones, de catorce diez y ocho avos de la avenida, ofrece á los que no le habían cedido su derecho, abandonarles un terreno igual á los cuatro diez y ocho avos de que siguen siendo propietarios y proporcionarles en su predio un paso más cómodo que la actual avenida para el servicio de sus bosques. Estos rehusan. Tenían derecho para ello; un propietario no puede ser despojado á su pesar, por ventajosa que sea la oferta que le hagan. Ahora bien, en el caso de que se trata, había co-propiedad. La sentencia agrega que había también indivisión forzada, é infiere que había una *servidumbre recíproca* en provecho de cada una de las partes (1). Esto es contradictorio. Si hubiese habido servidumbre, habría sido necesario aplicar el art. 701; ahora bien, la corte resolvió precisamente que esta disposición era inaplicable, porque había co-propiedad, y no puede haber todo á la vez, co-propiedad y servidumbre.

165. Estamos llegando á las verdaderas dificultades de la materia. Las más de las veces no hay título. Esto es, sobre todo, cierto respecto á los caminos de explotación que existen entre predios rústicos. En una sentencia de la

1 París, 15 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 11).



corte de casación de Bélgica se lee que existían antes del código civil y aun existen todavía un gran número de esos caminos. La corte dice: "que deben su existencia al consentimiento de los propietarios vecinos, que han preferido poner en común y sacrificar el goce de una porción de sus terrenos á encontrarse estorbados en la explotación de sus tierras" (1). Esto, en efecto, es muy probable, pero una probabilidad no es una prueba; no llega á serlo sino cuando el legislador la acepta como tal. El código habría debido establecer esa presunción, pero no lo ha hecho. ¿Qué debe resolverse ante el silencio de la ley?

Ya, en el antiguo derecho, Lalaure escribía que existían diversas rutas ó pequeños senderos, en los viñedos y en las praderas, que el interés común había trazado para la explotación de las heredades: no hay, dice él, que mirarlas como servidumbres, pues más bien son vías comunes á todos los que tienen tierras, vides y prados en las llanuras. De aquí concluye que el propietario que tuviese predios cortados por una ruta semejante, no podría vedar el paso á sus vecinos, con el pretexto de que no presentan títulos. ¿En qué funda Lalaure su opinión? La razón es muy sencilla, contesta él, y es que tales caminos vienen á parar á otras heredades, y que sin ellos no podría explotarlos; de suerte que los que son propietarios de las heredades que los circuyen, estarían obligados, según el derecho común, á proporcionar el paso á sus vecinos (2). Lalaure supone, pues, propiedades enclavadas, y por estarlo es por lo que decide que los propietarios tienen derecho á pasar por una senda practicada en el llano para servicio de todos los predios ribereños. ¿Pero con qué título tienen derecho á pasar? ¿á título de propiedad ó á título

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 Febrero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 131).

2 Lalaure, "Tratado de las servidumbres," libro 3º, cap. 7º, páginas 233 y siguientes.

de servidumbre? El título lo tienen como propietarios dice Lalaure. Nosotros creemos que la conclusión sale de los límites de la premisa. El enclave da derecho al tránsito, pero únicamente á título de servidumbre (artículo 682), salvo que las partes, si así lo quieren, convengan en que se ceda el mismo terreno. No se puede inferir del hecho de que los propietarios enclavados tienen derecho al tránsito, que sean propietarios del camino de explotación.

Sin embargo, la doctrina de Lalaure ha sido reproducida bajo el imperio del código, y la jurisprudencia la ha consagrado. La corte de Douai ha resuelto que los caminos que sirven de vía común de explotación se *presumen de derecho* pertenecientes á las heredades á que sirven, y que esta presunción de derecho supone una convención primitiva del vecindario (1). La corte de Poitiers dice que: "los caminos, callejuelas y sendas de explotación rural, así como las callejuelas contiguas ó separativas de habitaciones destinadas al cultivo, se *reputan* pertenecientes en común á los propietarios ribereños cuyas heredades atraviesan ó confrontan, á menos que haya *títulos ó indicaciones* que prueben lo contrario" (2). En otra sentencia de la misma corte, se dice que hay *presunción* de co-propiedad y no de servidumbre (3). Esto ha acabado por volverse un axioma. "Es de *principio*, dice la corte de Agen, que un camino de servicio es la co-propiedad de todos los ribereños" (4). Esto es inadmisibile. La *presunción de derecho* invocada por la jurisprudencia no es más que una presunción *legal*, y ¿cómo ha de haber una presunción *legal* sin ley? Supuesto que no hay presunción, quedamos dentro del derecho común. Así, pues, al actor corresponde probar el fundamento de su demanda. El pretende que es co-

1 Douai, 9 de Enero de 1838 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 33, 4º).

2 Poitiers, 10 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 152).

3 Poitiers, 15 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 5, 426).

4 Agen, 4 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 5, 695).



propietario, y no tiene título alguno que establezca esa co-propiedad; entonces no le queda más que probar la prescripción adquisitiva por una posesión á título de propietario, continua y no interrumpida durante treinta años.

166. Tal es el principio; pero la aplicación presenta serias dificultades. ¿Existe tanta analogía entre la posesión de un paso á título de propietario y la posesión á título de servidumbre! ¿De qué manera distinguirlos? Yo transito durante treinta años por un camino de explotación: ¿esto tiene lugar como co-propietario del camino, ó como propietario del predio dominante? Dicese que la cuestión no puede ser de servidumbre cuando el litigio estriba en el uso de un camino de explotación, porque falta la condición esencial que se requiere para que haya servidumbre: no hay predio dominante y predio sirviente (1). Esto equivale á decir con Lalaure que hay siempre co-propiedad; por mejor decir, esto es exagerar el pensamiento de Lalaure, y crear una presunción de co-propiedad que el código ignora. ¿Un paso no puede establecerse á título de servidumbre? ¿y acaso un paso no es un camino de explotación? Sin duda que es probable que haya habido un convenio entre las partes interesadas, como lo expresa la corte de casación de Bélgica; ¿pero debe repetirse que una probabilidad no es una prueba? Puede suceder que el terreno, que ahora está dividido, haya pertenecido en un principio á un solo propietario; el camino de explotación habrá sido entonces originariamente una propiedad exclusiva. Después la propiedad fué fragmentada á causa de una venta ó de una partición. ¿Qué es lo que ha pasado al hacerse esta división? No se sabe, puesto que no hay título. De todos modos, lo cierto es que el camino puede ha-

1 Requisitoria del procurador general Denwandre, en el negocio fallado por la sentencia de 25 de Febrero de 1841 (*Pasierisia*, 1841, 1, 130).

ber venido á ser propiedad exclusiva del comprador, reservándose el vendedor un simple derecho de servidumbre, ó puede haber venido á ser propiedad exclusiva de uno de los co-partícipes, salvo la reserva de un derecho de tránsito por las otras propiedades. Luego no puede decirse que necesariamente hay co-propiedad. Por lo tanto, la dificultad subsiste, y es dificultad de hecho. Trátase de apreciar los actos de posesión establecidos por el que se pretende co-propietario; ¿prueban ellos la propiedad, ó no prueban más que un derecho de tránsito? El tribunal resolverá, según las circunstancias de la causa.

167. En el caso juzgado por la corte de casación de Bélgica, se trataba de un camino de explotación para el servicio de las heredades pertenecientes á los co-litigantes. La corte de Gante, á la vez que invocando la doctrina de los autores y la jurisprudencia, según la cual se presume que los caminos de explotación se han practicado primitivamente á causa de una convención celebrada entre co-propietarios, resolvió que el estado de los sitios, la naturaleza y el destino del camino, el nombre que éste llevaba en el registro de la comuna no eran suficientes para atribuir la co-propiedad del camino al actor; “y que éste debía probar que por lo menos desde treinta años antes estaba en posesión del uso del camino de la manera que él alegaba.” En consecuencia, ella lo admitió á probar que había hecho uso, al menos hacía treinta años, del camino contencioso pasando y volviendo á pasar por él con carretas y caballos. A recurso de casación, recayó un fallo de denegación. En ésta se dice que la existencia por más de treinta años de semejante camino hace presumir un título conforme á la posesión, según la máxima: “*talis præsimitur processisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*”

Nosotros somos de opinión que la sentencia de la corte



de Gante y la de casación carecen de la debida claridad. Sin duda que era admisible la prueba de la posesión trentenaria, pero con una condición; y es que la posesión tuviese los caracteres que se requieren para conducir á la prescripción adquisitiva de la propiedad. Podría haber posesión durante treinta años, "pasando y volviendo á pasar con carretas y caballos," sin que por esto hubiese adquisición de la propiedad del camino. Si los actos de posesión estaban en un simple derecho de servidumbre, por caracterizados que se les suponga, serán ineficaces, supuesto que la servidumbre de paso, que es discontinua, no puede adquirirse por la prescripción. La corte de apelación debía, pues, insistir acerca de este punto y exigir que el actor probase una prescripción adquisitiva de la propiedad.

Se ve por la sentencia de denegada apelación que la corte de casación ha previsto la objeción que estamos haciendo; porque trata de establecer que la posesión de un camino á título de servidumbre no puede conducir á la adquisición de la servidumbre, porque la posesión puede ser á título precario. Lalaure ha hecho ya esta observación (1), que es elemental; y por esta razón la ley no ha admitido la prescripción de las servidumbres discontinuas. Pero esto no decide la dificultad. Si la posesión puede ser precaria cuando se pretende haber adquirido una servidumbre por prescripción, ¿no puede también ser precaria cuando se pretende haber adquirido la propiedad del camino por prescripción? Luego era necesario exigir la prueba precisa de que el actor había tenido la intención de usar durante treinta años del camino, como su co-propiedad. La dificultad es grande, pero no es permitido eludirla. Preciso es confesarlo, hay una especie de contradicción en el código. La ley no permite que se adquiera por

1 Lalaure, "Tratado de las servidumbres," libro 3º, cap. 7º, p. 229.

prescripción un derecho de paso; ¿por qué? Porque los actos de posesión son á menudo dudosos; no se sabe si están ejercidos á título de derecho ó á título de buena vecindad y de tolerancia. Pero he aquí que el que ha usado del paso sostiene que ha adquirido la *propiedad* del camino pasando y volviendo á pasar por él. Debe recibírsele á prueba. De este modo actos de posesión que la ley considera como dudosos, y por consiguiente, como insuficientes para adquirir una servidumbre, serán suficientes para adquirir la propiedad toda. Razón de más para exigir una prueba bien precisa, como acabamos de definirla.

168. Un caso análogo fué decidido en el mismo sentido por la corte de Bruselas. Se trataba también de saber si un camino de explotación es una servidumbre ó una co-propiedad de los ribereños. El actor sostenía que desde tiempo inmemorial los ribereños habían hecho uso del sendero litigioso pasando y volviendo á pasar por él tan á menudo como lo exigía la explotación de las tierras. El trataba de probar que dicho sendero enlazaba la ruta de la abadía de Lierre (Cloosterweg) y la de Herenthals á Lierra. Por último, pretendía que el público también desde tiempo inmemorial había transitado por el camino, objeto del litigio. Este último punto es considerable. Claro es que si se hubiera tratado de un derecho de tránsito establecido en favor de un predio sobre otro, el propietario del predio sirviente no habría permitido á todo el mundo que transitara por el sendero cuya exclusiva propiedad conservaba. Pero esta circunstancia podía también originar otra duda: ¿la senda no era un camino público, ó por lo menos una servidumbre establecida en provecho de todos sobre los predios por los cuales estaba practicada? Esta última dificultad no fué removida. La corte resolvió que los hechos alegados por el demandado, si se hubieren probado, serían exclusivos de un derecho de servidumbre,



que la existencia durante más de treinta años de un camino de explotación establecido para el cultivo de las tierras hacía presumir un título conforme á la posesión. Hay siempre en esta jurisprudencia una pretendida presunción de que un camino de explotación no es una servidumbre, sino una co-propiedad. Sentimos que el legislador no haya establecido esta presunción; pero no les reconocemos á los tribunales derechos para presumir que un paso es una co-propiedad más bien que una servidumbre.

169. La misma dificultad se presenta respecto de la acción posesoria. Como las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por la prescripción, la posesión sola, á falta de título, no da aquella posesión á aquél que se ve perturbado en su posesión; la ley supone que dicha posesión es puramente precaria. Mientras que la posesión que conduce á la prescripción de la propiedad de un camino de explotación, está garantida por una acción posesoria, supuesto que implica un título primitivo conforme á la posesión. Pero ¿de qué modo se distinguirá el uso de un camino á título de servidumbre y el uso de un camino á título de co-propiedad? El juez de paz de Ghistelles resolvió que el poseedor perturbado por un propietario vecino no podía ser admitido á la prueba de los hechos de posesión que alegaba, porque la averiguación debería recaer en el fondo del derecho, es decir, sobre la cuestión de saber si el actor era co-propietario del camino litigioso. A recurso de apelación, el tribunal de Brujas rechazó la demanda, por motivo de tratarse de una servidumbre discontinua. Esto es fallar mal, bajo todas las hipótesis. No había título, por lo que se necesitaba una averiguación para determinar el carácter de la posesión; antes de esta averiguación, el tribunal no podía saber si había posesión de una servidumbre ó posesión de un terreno á título de propietario, sirviente de paso. La corte de casación casó

el fallo; la sentencia dice muy bien, que el juez habría debido apreciar el carácter de la posesión invocada por el actor; en efecto, éste no pretendía ejecutar una acción fundada en una posesión á título de servidumbre, sino que reclamaba la co-propiedad de un camino de explotación, ó por lo menos, alegaba la posesión á título de co-propietario de un camino (1). Los términos de que nos estamos sirviendo son más precisos que los de la sentencia, pero expresan mejor, á nuestro juicio, el pensamiento de la corte.

#### § IV.—CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES.

170. Según los términos del art. 639, hay tres especies de servidumbres: las que se derivan de la situación natural de los lugares, las que impone la ley y las que se establecen por convención entre particulares. La palabra *convenio* de que se sirve la ley no es exacta, puesto que las servidumbres pueden también legarse; luego hay que decir, como lo hace el rubro del capítulo III de nuestro título, que las servidumbres se establecen por *actos* del hombre ó por *voluntad* del hombre, como el art. 579 lo dice del usufructo.

Se ha criticado, además, la clasificación del código bajo otros conceptos. El distingue servidumbres naturales y servidumbres legales. Puede admitirse con Domat (2) que hay servidumbres naturales en el sentido de que éstas son de una absoluta necesidad; tal es, dice él, el gravamen que pesa sobre los predios inferiores de recibir el agua que naturalmente derraman los predios superiores. Pero la naturaleza sola no crea servidumbres, pues se necesita la intervención de la ley; por lo que las servidumbres que

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Julio de 1855 (*Pasijcrisja*, 1855, 1, 354).

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 12, sec. 1º, art. 5.