

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 Ghisteltes 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 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 354).

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

se denominan naturales son también servidumbres legales. Por otra parte, entre las servidumbres que se llaman legales, hay gravámenes igualmente necesarios, y por consiguiente, tan naturales como los que el código dice que se derivan de la "situación de los lugares:" tal es el paso en caso de enclave. ¿No puede decirse que esta servidumbre deriva también de la situación de los lugares, así como la de medianería? Domat tenía razón en no admitir más que dos especies de servidumbres, las servidumbres naturales que pueden también llamarse legales, y las servidumbres que los hombres establecen para comodidad de sus predios (1). No insistimos sobre la crítica ni sobre la justificación que se ha tratado de hacer de la clasificación del código, porque este debate carece de importancia práctica.

171. Se ha dirigido á la clasificación del código un reproche más grave, y en cierto sentido, más merecido. Las pretendidas servidumbres naturales ó legales, se dice, no son verdaderas servidumbres (2). Y esto es de toda evidencia para varias disposiciones que se hallan en los dos primeros capítulos de nuestro título. Cuando la ley dice que el que tiene un manantial en su predio puede usarlo á voluntad, ciertamente que no establece una servidumbre, sino que consagra una consecuencia del derecho de propiedad (art. 641). Lo mismo pasa con el art. 646 que da á todo propietario la acción de deslinde, y con el 647 que permite á todo propietario circundar su heredad. La medianería de las paredes, de las zanjas y de los vallados nada tiene de común con las servidumbres; esta materia está regida por los principios sobre la co-propiedad. Hacemos constar el hecho, sin que le demos suma importancia. A pesar

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe (t. 11, p. 8, número 7), que trata de justificar la clasificación del código.

2 Véase esta crítica en Demolombe, t. 11, p. 12, núm. 8.

de los defectos que pueden reprochársele, preferimos seguir el orden del código á imitar á Zachariæ, el cual ha trastornado de tal suerte el código que el orden que él ha adoptado, se parece á un verdadero desorden. Quedando atentos al orden del código, damos á la juventud el ejemplo del respeto á la ley, aun en lo que ésta puede tener de defectuosa, y tal ventaja bien que equivale á la de una clasificación mejor. Al legislador atañe tener en cuenta las clasificaciones críticas de la ciencia, cuando proceda á la revisión del código civil.

172. La clasificación del código permanece verdadera en el sentido que Domat le da. Existen servidumbres necesarias que se derivan de la naturaleza y están consagradas por la ley; así es que existen independientemente de los actos del hombre. Mientras que las servidumbres establecidas por contrato ó por testamento son más ó menos arbitrarias. Síguese de aquí que si en una escritura de venta se dice que el predio está libre de toda servidumbre, esta cláusula no impide que el fundo vendido esté gravado con las servidumbres naturales ó legales; porque no depende del vendedor emancipar al predio de las cargas que la naturaleza ó la ley le han impuesto (1). ¿Quiere decir esto que las convenciones de las partes no puedan derogar las servidumbres naturales y legales? Hay que distinguir. Existen servidumbres establecidas por el interés general: tales son las servidumbres militares que gravan las fincas en las cercanías de las fortalezas. A estas cargas se aplica el principio de que está prohibido derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público. En cuanto á las servidumbres naturales ó legales de que trata el código civil, se han establecido por un interés privado; nada impide, pues, que las partes contrayentes

1 Duranton, t. 5º, p. 136, núm. 146. Ducaurroy, Bonnier y Roussin, t. 2º, p. 128, núm. 337.

las modifiquen (1). Más adelante veremos numerosas aplicaciones de este principio.

173. ¿Las cargas que el código llama impropia-mente servidumbres legales, son reales ó personales? Ateniéndose al texto de algunas disposiciones del código, podría creerse que son derechos de crédito. El art. 1370 dice que “se forman ciertos compromisos sin que intervenga ninguna convención, ni por parte del que se obliga, ni por parte de aquél al cual está obligado.” Esto es lo que se llama cuasi-contratos. El código coloca entre estos cuasi-contratos “los *compromisos* contraídos involuntariamente entre propietarios vecinos.” *Involuntariamente*, es decir, sin un concurso de voluntades, por efecto de la ley. Según esto las *servidumbres legales* serían unos *cuasi-contratos*, y por consiguiente, derechos de crédito. El art. 651 está concebido en el mismo sentido: “La ley sujeta á los propietarios á diferentes *obligaciones* del uno para el otro, independientemente de toda convención.” En los arts. 639 y 652, se encuentra otra vez la palabra *Obligaciones*, que marca un vínculo personal. ¿Cómo puede la ley dar á un solo y mismo derecho el nombre de servidumbre y el de obligación?

Es cierto que las expresiones *obligación*, *compromiso*, *cuasi-contrato* son inexactas, porque la ley habla de cargas reales que gravan el predio en manos de cualquier poseedor; y los predios en favor de los cuales se establecen también se aprovechan, sean cuales fueren las manos en que viniesen á parar. Sin embargo, no son verdaderas servidumbres, porque la servidumbre implica una sujeción que deroga el derecho común, la libertad general; y las cargas de que tratamos pesan sobre todos los fundos, luego forman el derecho común de las heredades. Hay en las leyes romanas una expresión que conviene mejor á la naturaleza par-

1 Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 3, nota 8, y las autoridades que allí se citan.

ticular de estas cargas; Ulpiano los llama “cuasi-servidumbres” (1). Esto indica que son cargas reales, sin que pueda decirse que sean servidumbres verdaderas. Pero como nuestras leyes no se sirven de esta expresión, debemos limitarnos á recomendarla al legislador.

174. Resulta de todo esto que deben aplicarse á las servidumbres naturales y legales los principios que rigen los derechos reales. Los que no están obligados con un gravamen sino en razón del predio que retienen pueden verse exentos abandonando el predio. El código así lo dice de la medianería; el propietario de la pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reparaciones y reconstrucciones de tal pared, abandonando el derecho de medianería (art. 656). Sucede lo mismo con toda carga real, luego también con todas las servidumbres llamadas legales.

Infiérese también de aquí que las acciones á que dan lugar las servidumbres naturales ó legales son acciones reales inmobiliarias; luego debe intentarse ante el tribunal de la ubicación de los inmuebles, mientras que si se tratara de obligaciones derivadas de un cuasi-contrato, la acción sería personal y debería intentarse ante el tribunal del domicilio del demandado (2).

§ V.—PRINCIPIOS DE INTERPRETACION.

175. La corte de casación dice que en materia de servidumbre, todo es de derecho estricto (3). Se encuentra en el art. 702 una aplicación de este principio: “El que tiene un derecho de servidumbre no puede usarlo si no es conforme á su título, sin poder hacer ni en el predio que deba la servidumbre, ni en el predio al que se debe, nin-

1 L. 5, pfo. 10, D., *de operis novi nuntiat* (XXXIX, I).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, ps. 752 y siguientes. Demolombe, tomo 11, p. 19, núms. 10-11, y las autoridades que ellos citan.

3 Sentencia de casación, de 16 de Mayo de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1161, 1º).

gún cambio qua agrave la condición del primero." Esta regla se dirige naturalmente al juez que está llamado á decidir las contiendas entre los propietarios de los predios dominantes y los sirvientes. Sábese que las convenciones hacen veces de ley respecto á las partes contrayentes, y esta ley también liga al juez, que tiene por misión aplicar aquéllas. Igual cosa debe decirse del título de las servidumbres; sea el que fuere, obliga á las partes interesadas, y por lo tanto, al juez. Pero las leyes pueden interpretarse de una manera extensiva ó restrictiva. ¿Por qué la corte de casación asienta como principio que todo es de derecho estricto en las servidumbres?

Hemos visto que el usufructo se ve con una especie de disfavor, porque vuelve inútil la propiedad en manoc del nudo propietario. No pasa lo mismo con las servidumbres reales; al propietario del predio sirviente conviene la disposición y el goce de su cosa; sólo que su derecho de usar y de gozar ya no es ilimitado, y las restricciones que recibe embarazan más ó menos su derecho de disposición. De todos modos, lo cierto es que las servidumbres se ven con favor por la ley más que con disfavor. Las hay que se establecen por un interés general: y éstas, en verdad, son favorables, supuesto que el interés público predomina siempre sobre el interés privado. El orador del Tribunalado dice que entre los servicios prediales que existen entre particulares, los hay cuyo objeto más directo es el interés de la agricultura ó del comercio (1). Albisson hace la misma observación; el relator del Tribunalado demuestra que si las servidumbres modifican y atenúan en cierto modo el derecho de propiedad en el predio sometido, lo mejoran en aquél en el cual la servidumbre es debida (2); el cultivo de las tierras sería á veces imposible

1 Gillet, Discursos núm. 3 (Loché, t. 4º, p. 193).

2 Albisson, Informe rendido al Tribunalado, núm. 2 (Loché, t. 4º, página 184).

sin las servidumbres de paso, de toma de agua, de acueducto ó de pasturaje. ¿Y qué hay más favorable que la agricultura? Así, pues, no es en el disfavor que se da á las servidumbres en donde hay que buscar el fundamento del principio de interpretación consagrado por la corte de casación. La corte no hace más que aplicar á las servidumbres una regla general que el código establece en materia de obligaciones convencionales. "En las dudas, dice el art. 1162, la convención se interpreta contra el que ha estipulado, y en favor del que ha contraído la obligación." ¿Por qué? Porque la ley favorece siempre la libertad, y la obligación es una restricción de la libertad. Ahora bien, las servidumbres restringen también la libertad del predio sometido, al cual da el código el calificativo de "deudor de la servidumbre;" luego, en caso de duda, hay que pronunciarse por el predio sirviente, es decir, restringir el gravamen; jamás se le puede extender.

176. ¿Debe hacerse una excepción á este principio respecto á las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares? Se dice que siendo tales servidumbres obra de la naturaleza, los magistrados tienen, en general, un poder discrecional más amplio en lo que concierne á las servidumbres establecidas por la ley (1). Esto nos parece inadmisibile. Ni unas ni otras son servidumbres verdaderas; habria, pues, que establecer como regla, que el principio de interpretación consagrado por la corte de casación no debe aplicarse en esta materia. En efecto, en tanto que las servidumbres llamadas naturales ó legales son consecuencias del derecho de propiedad, no hay lugar á invocar un principio que no cencierne más que á las servidumbres. Pero entre éstas, hay también gravámenes que el código llama obligaciones entre vecinos; éstos participan de la naturaleza de las servidumbres, porque pesan

1 Demolombe, t. 11, p. 2, núm. 7.

sobre el predio y porque restringen el uso libre de la propiedad. En este sentido, hay que asimilarlas á las servidumbres é interpretarlas restrictivamente, como toda deuda sea de una persona, sea de un predio.

177. Hay una cuestión más general que es común á las servidumbres naturales y á las legales. El código comienza por tratar de las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares, y de las servidumbres impuestas por la ley; en seguida establece las reglas que rigen á las servidumbres propiamente dichas, las que se derivan de actos del hombre. ¿Estas reglas se aplican también á las servidumbres llamadas naturales ó legales? Se enseña la afirmativa, pero agregándole una restricción que destruye el principio: las disposiciones del capítulo III, se dice, no son aplicables á las servidumbres legales ó naturales, cuando éstas no se hayan en armonía con los principios que el código contiene sobre las servidumbres (1). La excepción es tan amplia que absorbe la regla. En efecto, la mayor parte de tales servidumbres naturales ó legales son consecuencias de la propiedad; ahora bien, la propiedad es el derecho común mientras que la servidumbre es la restricción al derecho común; por lo mismo, es imposible aplicar las mismas reglas á dos órdenes de cosas enteramente diferentes. Preferiríamos asentar como regla que las disposiciones del capítulo III, son especiales á las servidumbres que derivan de actos del hombre, salvo el aplicarlas por analogía cuando la haya, como acabamos de hacerlo en lo que concierne á la interpretación restrictiva que recibe toda carga ó deuda que grava un predio.

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 2 y siguientes, nota 7, y las autoridades que citan.

CAPITULO II.

DE LAS SERVIDUMBRES DERIVADAS DE LA SITUACION DE LOS LUGARES.

SECCION I.—*De las corrientes de agua.*

§ I.—PROPIEDAD DE LAS CORRIENTES DE AGUA.

Núm. 1. De los manantiales.

I. Propiedad de los manantiales.

178. El art. 641 dice que el que tiene en su predio un manantial puede usarlo á su antojo. Hé aquí una disposición que ciertamente no consagra servidumbre; es una consecuencia del derecho de propiedad, el cual abarca la propiedad de lo que está encima como de lo que está debajo del suelo (art. 552). En este sentido las leyes romanas dicen que la fuente es una parte del campo (1). ¿Pero cuál es el verdadero propietario del manantial? En esto estriba la dificultad. La fuente brota en un predio. Ordinariamente los veneros se hallarán en este predio, y entonces no hay duda, supuesto que no hay ningún conflicto de derechos. Pero si, á causa de trabajos ejecutados en un predio superior, la fuente viniese á brotar allí, pertenecería al

1 L. 2, D., *quod vi aut clam* (XLIII, 24).