

recen prescriben por aquél lapso de tiempo. En el presente caso, no se trata de la facultad de pedir el deslinde; ya hemos dicho que esta facultad es imprescriptible: el propietario procede en virtud de un convenio; ahora bien, toda acción que nace de un convenio prescribe en treinta años. Así sucedería en el caso en que los lindes hubiesen sido movidos de su lugar ó quitados por causa de un delito. El propietario interesado tendría entonces dos acciones, la que nace del delito y la que nace del convenio; esta última prescribiría siempre en treinta años; de suerte que después de este plazo, se volvería de derecho común al art. 646.

439. Si han transcurrido más de treinta años, desde la plantación de los mohones, ¿podría pedirse un nuevo deslinde? Ciertamente que nó, si se supone que los antiguos mohones subsisten; no puede tratarse de un deslinde nuevo, cuando existen unos mohones (1). No debe inferirse de esto que la existencia de los mohones impida toda prescripción fundada en una posesión contraria. La prescripción borra hasta los títulos; con mayor razón puede cumplirse cuando sólo hay signos separativos de dos heredades, signos que indican una simple delimitación, y no impiden la reivindicación de todo ó parte de las tierras delimitadas. Cuando hay lugar á reivindicación lo hay también á prescripción.

SECCION V.—*Del Coto.*

§ I.—PRINCIPIO

440. "Todo propietario puede cercar su heredad," dice el art. 647. La facultad de cercarse es una consecuencia del derecho de propiedad, derecho absoluto, y por lo mismo exclusivo; ahora bien, el único medio de excluir á los

1 Demolombe t. 11, p. 312, núm. 281.

terceros de un predio que nos pertenece, es rodearlo de un coto. Se pregunta uno cómo es que los autores del código han podido incluir entre las servidumbres un derecho que no es más que el ejercicio de la propiedad, y quien dice propiedad hace á un lado toda idea de servidumbre. Ni siquiera hay una obligación de vecindad, como en el caso de deslinde, supuesto que el que se cerca nada pide á su vecino. Si el legislador ha creído deber consagrar un derecho que se desprende naturalmente de la propiedad, y si lo ha hecho en el título de las "Servidumbres," es porque antes de 89, este derecho natural, como tantos otros, era desconocido. Según tal costumbre, no podía uno cercar sus tierras con setos ni con zanjas sino con permiso del señor; esta era una verdadera servidumbre que el feudalismo había introducido para asegurar á los propietarios dominantes el placer de la caza; los mismos reyes sacrificaban la propiedad de los ciudadanos á sus antojos, siendo así que no debería ceder sino ante la utilidad pública. Estos privilegios odiosos fueron abolidos en la famosa noche del 4 de Agosto; la ley de 6 de Octubre de 1791, conocida con el nombre de código rural, proclama, "que el derecho de poner ó quitar cotos en las heredades resulta esencialmente del de propiedad, y á ningún propietario puede disputársele," tít. I, sec. IV, art. 1.º Había, además, ciertas servidumbres comunales, el pasto vano y el pacto, que ponían trabas al derecho de cercado. La Asamblea nacional abrogó todas las leyes y costumbres que contrariaban ese derecho: éstas son las expresiones del código rural. Los autores del código civil han reproducido estos principios, de suerte que puede decirse que, lejos de establecer una servidumbre, el art. 647 mantiene la abolición de las servidumbres feudales y otras que ponían restricciones al derecho de propiedad (1).

1 Pardessus, t. 1.º, p. 321, núm. 131.

441. Después de haber declarado que todo propietario puede cercar su heredad, el art. 647 agrega: "Salvo la excepción de que habla el art. 682." Este artículo establece una servidumbre de paso en provecho del propietario cuyos predios están enclavados en los de sus vecinos. Debiendo éstos sufrir el paso, naturalmente no pueden cercar la heredad por la cual el propietario enclavado tiene derecho á pasar. Lo que el código dice del paso, en caso de enclave, es cierto de toda servidumbre de paso; el art. 647 no hace más que aplicar un principio general, según el cual el propietario del predio sirviente nada puede hacer que disminuya el uso de la servidumbre, y menos aún puede impedir su ejercicio, art. 701. La servidumbre de paso puede impedir al propietario deudor de la servidumbre el cercarse, sea de una manera absoluta, sea de una manera relativa; esto depende de las estipulaciones de las partes. Se ha fallado que el propietario del predio sirviente no puede establecer en él barreras que se cierren por medio de una llave, que entrega al propietario del predio dominante, porque es volver el uso de la servidumbre más incómodo y disminuir su utilidad; en efecto, es obligar al que tiene derecho á pasar ha cargar siempre una llave sopena de no poder pasar, lo que, en el caso que se analiza, modificaba la servidumbre, tal como se había establecido y practicado, y dificultaba su ejercicio (1). Por el contrario, la corte de Bruselas resolvió que no era embarazar la servidumbre establecer una barrera que se habriese y cerrase fácilmente, sin estar sujeto por ninguna cerradura, ni candado, ni otro medio de éste género; que en esto era llegado el caso de aplicar el principio que permite al propietario del predio sirviente ejercitar las obras necesarias para hacer menos perjudicial la servidum-

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 308).

bre, si no impiden al propietario del predio dominante usarlas cómodamente conforme á su título (1). Más adelante volveremos á tratar esta cuestión (2).

442. Puede también hacer excepción al derecho de cercado en caso de indivisión. El co-proprietario de una cosa indivisa no tiene ya el derecho de exclusión de que disfruta el propietario único y absoluto; por lo mismo, no puede invocar el art. 647; su derecho se rige por los principios que rigen á la comunidad. Ahora bien, si cada comunista puede disfrutar de la cosa común según el destino de ésta, también es de principio que el goce del uno no puede embarazar el derecho igual del otro. Al juez corresponde, en caso de disputa, decidir si el derecho de uno de los comunistas puede conciliarse con el derecho de los demás. Por aplicación de estos principios, la corte de Metz ha fallado que el co-proprietario de un patio no puede cercarlo, si los inconvenientes que resulten para los demás comunistas exceden de las ventajas que aquél obtuviere (3).

§ III.—DEL DERECHO DE HACER PASTAR EL GANADO EN TERRENO AGENO (*vaine pátore y parcours*).

Núm. 1. Casos en que se mantienen estas servidumbres.

443. Según los términos del art. 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á mandar pastar á su ganado á terreno ageno. Esta es una servidumbre mantenida por la ley de 6 de Octubre de 1791. Cuando este derecho lo ejerce un particular sobre un fundo perteneciente á otro propietario, se llama derecho de pastura, *pacage*, servidumbre discontinua que sólo se adquiere por medio de un título. En el antiguo derecho, esta servidumbre ha-

1 Burdeos, 14 de Mayo de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 844).

2 Véase el tomo 7º de esta obra, núm. 273.

3 Metz, 6 de Febrero de 1857 (Daloz 1857, 2, 196).

bía establecido la costumbre en provecho de los habitantes de una comuna, los cuales gozaban de la facultad de mandar á sus animales á pacer en las heredades despojadas de frutos: esto se llamaba *pasto vano* (*vaine pâture*). Cuando el derecho era recíproco entre dos comunas, tomaba el nombre de *pasto* ó de reciprocidad de *pastos* (*parcours, entre-cours*) (1).

Se pregunta si el *pacto* y el *pasto vano* son verdaderas servidumbres. En el antiguo derecho, se enseñaba la afirmativa respecto al *pasto vano*; en efecto, es de la misma naturaleza que el derecho de pastura, *pacage*, que incontestablemente es una servidumbre; sin embargo, algunas veces se le calificaba de *co-propiedad* (2). La ley de 1791 da el nombre de servidumbre al *pacto* y al *pasto vano*, y el código civil consagra implícitamente la misma doctrina, supuesto que mantiene entre derechos tales como los había definido el código rural. Se objeta que no hay servidumbre sin una heredad dominante y una heredad sirviente; y en el caso de que se trata, dicese, ninguna heredad es dominante ó sirviente, todas están igualmente gravadas; hay, por consiguiente, comunidad de *pastos* más bien que servidumbre. Eso no es exacto. Es claro que el *pasto vano* impone una restricción al derecho de propiedad, luego hay heredades sometidas, y ¿por interés de quién? En provecho de las heredades cuyos propietarios tienen el derecho de mandar pacer á sus animales: he aquí ciertamente las fincas dominantes. Por lo tanto, hay servidumbre. ¿Qué importa que sea recíproca? La reciprocidad no impide que haya un derecho al mismo tiempo que una obligación (3). En cuanto á la expresión de *co-propiedad*

1 Pardessus, t. 1º, p. 322, núm. 132. Demolombe, t. 11, p. 315, número 286. Aubry y Rau, t. 2º, p. 176, nota 18, y p. 177, nota 22.

2 Edicto del mes de Mayo de de 1771, en Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra *pasto vano*, pfo. 1º (t. 16, p. 325).

3 Compárese, Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 39, y en la palabra *servidumbre*, núm. 394.

nos parece enteramente inexacta. Sin embargo, la corte de casación la ha reproducido al decir que el *pasto vano* y el *pacto* son una sociedad y comunidad tácitas de *pasto*; pero la sentencia agrega que modifican el derecho absoluto de propiedad (1). Esta restricción proviene, no de que los habitantes de la comuna sean *co-proprietarios*, porque evidentemente no lo son; implica, por el contrario, una simple servidumbre. Esto no es una disputa de palabras: ya en otro lugar hemos dicho cuáles son las diferencias entre la servidumbre y la *co-propiedad* (2).

444. Ya antes de 89, se ponía en duda la utilidad de estas servidumbres; los labradores reclamaban la facultad de poner sus fincas al abrigo del *pasto vano* por medio de setos; los reyes cedieron á esta aspiración, con gran ventaja de la agricultura, como lo comprueba el edicto de Mayo de 1771. Este era un primer paso dado hacia la abolición de esas antiguas servidumbres, si el legislador de 1791 las conservó, fué porque no gustaba de chocar con los hábitos antiguos; pero las modificó profundamente, salvo el abolirlas más tarde. Se lee en el tít. I, sec. IV, art. 2: "Continuará vigente *provisionalmente* la servidumbre recíproca de parroquia á parroquia, conocida con el nombre de *pacto*, y que trae consigo el derecho de *pasto vano*." Pero la ley agrega algunas restricciones; ella no mantiene más que las servidumbres fundadas en un título ó en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres; bajo otros conceptos, dice el art. 2, quedan abolidas. Aun las servidumbres que el código rural ha creído que deben conservarse están abolidas en su esencia; porque se permite á todo propietario eximirse del *pasto vano*, ro-

1 Sentencia de casación, de la cámara criminal, de 16 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 30).

2 Véase el núm. 162 de este tomo.

deando sus predios con un coto. El ejercicio de este derecho da lugar á serias dificultades.

Núm. 2. Del derecho de cercarse.

445. El art. 4 de la sección IV, está concebido en estos términos: "El derecho de pacto y el derecho simple de pasto vano no podrán, en *ningún caso*, impedir que los propietarios cercuen sus fincas." Y las heredades cerradas dejan de estar sometidas al pacto y al pasto vano. Nosotros volveremos á insistir acerca de este último punto. Está fuera de duda que los propietarios pueden emanciparse de estas servidumbres, cuando se fundan en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres. ¿Pero el art. 4 se aplica también al caso en que la servidumbre se halla establecida por un título? Nosotros vacilamos en contestar afirmativamente. El art. 5 relacionado con el 2 es de tal modo explícito que, si no hubiera otras disposiciones, maravillaría que la cuestión hubiese dado lugar á largos debates. ¿Cuáles son las servidumbres de paso mantenidas por el código rural? El art. 2 contesta: las que se fundan en un título y las que descansan en una posesión autorizada por las leyes y costumbres; todas las demás quedan abolidas" ¿Y qué dice el art. 5? *En ningún caso* podrán impedir los derechos de pacto y de pasto vano que los propietarios se cercuen.

Hay que preguntar ¿en qué casos pueden cercarse los propietarios, cuando la ley declara formalmente que pueden hacerlo en *todos los casos*? Estos casos están enumerados en el art. 2, uno de ellos es aquél en que la servidumbre está establecida por *título*. Así, pues, el texto resuelve la cuestión. En vano se objeta que esto es contrario á todo principio: los títulos, dicese, son convenios, y los contratos hacen ley respecto á las partes contrayentes, leyes de las cuales no pueden desligarse. Nosotros dirigimos la ob-

jeción al legislador; cuando éste ha hablado, el intérprete no tiene que hacer más que una cosa, obedecer la ley, salvo el investigar los motivos que la han determinado. Y no es difícil justificar la ley de 91. ¿Qué cosa son los títulos de que habla el código rural? ¿Son verdaderos contratos celebrados entre los habitantes de una ó de varias comunas, por los cuales gravan los predios con una servidumbre? Mucho dudamos de que exista semejante contrato. El pacto y el pasto vano no se han establecido por vía de convenio, sino por la costumbre, y los títulos no tienen por objeto más que hacer constar lo que el uso ha creado. Agregamos que se trata de servidumbres reciprocas, fundadas en un interés común; cada habitante, al ser á la vez deudor y acreedor, lo que gana como deudor cuando se cerca, lo pierde como acreedor; luego no hay atentado ninguno á un contrato, sino un acuerdo mejor de los intereses comunes (1).

446. Lo que ha dado margen á la controversia, es que se ha confundido el caso previsto por el art. 5, según el cual puede uno emanciparse de las servidumbres de pasto vano, aun cuando se hubiesen establecido por título, con las servidumbres de pasto de las que no puede uno emanciparse, cuando un título las ha constituido. Tal es desde luego el caso previsto por el art. 7, por cuyos términos "el coto emancipa de la misma manera del derecho de pasto vano recíproco ó no recíproco entre particulares, si ese derecho no está fundado en un título." Hé aquí una excepción al derecho de coto que el legislador de 1791 acababa de proclamar en términos solemnes. Pero la excepción está restringida á las relaciones de dos ó varios particulares que gravan sus predios con una servidumbre de pasto. Esta á decir verdad es una servidumbre

1 Demolombe, t. 11, p. 319, núm. 288, y las autoridades que él cita. Ahbry y Rau, t. 2°, p. 176, nota 19.

de (*pacage*) pasto, servidumbre esencialmente personal, las más de las veces establecida á título oneroso, mediante cierto precio; la ley respeta tales convenios; pero como se han celebrado en época remota en que la agricultura estaba en mantillas, el legislador permite que se rescaten esos derechos onerosos. El derecho de rescate, que el código rural concede á pesar de la existencia de un título, confirma la interpretación que nosotros damos al art. 5. Si en el caso de una servidumbre comunal establecida por título, el legislador no hubiese admitido el coto, ciertamente que habría aceptado el rescate; sin embargo no habla de rescate en el art. 5: y es porque esta disposición da un derecho más extenso, el de emancipar de la servidumbre por medio del coto.

La excepción admitida por el art. 7 recibiría también aplicación si la servidumbre de pasto se hubiese establecido en una heredad particular en provecho de una comuna. Esto no es ya el pasto vano definido por el código rural, y del cual permite emanciparse en todos los casos por medio del coto. Así, pues, no estamos en el caso del art. 5. Es verdad que el art. 7 supone que la convención se celebra entre *particulares*; pero por esta palabra la ley da á entender *propietarios*, luego también una comuna estipulante en nombre de los habitantes. El motivo para decidir es que la servidumbre realmente es convencional, y el legislador respeta los convenios, salvo el derecho de rescate consagrado por el art. 8 (1).

447. Hay una segunda excepción concerniente á las praderas. En este punto se halla el verdadero terreno de la dificultad, y es grande, por más que diga Demolombe (2). Uno de nuestros más grandes jurisconsultos, Mer-

1 Sentencia de casación, de 15 de Diciembre de 1808 (Daloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 67). Demante, t. 2º, p. 593, núm. 502 bis, 1.

2 Demolombe, t. 11, p. 321, núm. 288, se admira de que Merlin haya cambiado de opinión á causa del artículo 2º.

lin, se ha equivocado en esto, según propia confesión. El art. 10 comienza por decir que “por todas partes en donde las praderas naturales estén sujetas al pacto y al pasto vano, estos derechos no tendrán lugar provisionalmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca mientras no se hayan recogido las primeras yerbas.” En seguida el art. 11 agrega: “Tiene lugar el derecho que disfruta todo propietario para cercar sus heredades, aun respecto á las praderas, en las parroquias en donde, “sin título de propiedad y únicamente por la costumbre,” se vuelven las praderas comunes á todos los habitantes, sea inmediatamente después de cortada la primera yerba, sea en cualquiera otra época determinada.” Luego en el caso del art. 11, los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un “título de propiedad.” ¿Lo que la ley dice en el art. 11, no debe decirse de “todo derecho de pasto vano” fundado en un *título*? ¿Quiere decir que el art. 11 ha de servir para interpretar los arts. 2 y 5? Así se pretende, en apoyo de la doctrina que acabamos de combatir, núm. 445, y según la cual el *título* pone siempre obstáculos al derecho de cercarse. ¿Qué resulta de esta interpretación? Que el art. 11 derogaría realmente el art. 5. El art. 5 en combinación con el 2, dice: Los propietarios tienen el derecho de cercar sus heredades, aun cuando el pasto vano se funde en un *título*. Y el art. 11 diría: Los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un título. Esto es inadmisibile. Merlin tiene razón: el legislador no puede pronunciar el pró y el contra en una sola y misma ley, sí en el art. 5 y nó, en el art. 11.

Pero si el art. 11 no impide á los propietarios el cercarse, aun cuando el “pasto vano” esté fundado en un título, ¿cuál es, pues, el caso en el cual, conforme á esta disposición, el título es un obstáculo para el coto? Tal es