

Mazarino y los usuarios de Mayena permitía á éstos mandar pasar á sus ganados en toda la extensión de la selva, á reserva de los sitios en donde estuviesen los cortes de siete años para abajo. Este tratado, obra de Colvert, derogaba la ordenanza. La corte de casación declaró nulo el tratado como contrario á una ley de orden público (1). En otro litigio los usuarios invocaban una transacción por la cual el señor había renunciado á todo procedimiento judicial en razón de los delitos que podrían cometerse en sus bosques. Mientras más favorable á los usuarios era la transacción, más estaba en oposición con un principio fundamental de derecho; no se puede, ni aun por un motivo de humanidad, derogar una ley de orden público. La corte de Bourges había creído que se debía ejecutar el convenio, y su sentencia fué casada (2). Déjase entender que el mismo principio sería aplicable á los convenios que se emancipasen á los predios ribereños de las servidumbres que los gravan en provecho de los bosques del Estado y de las comunas en virtud del código de selvas.

SECCION III.—De las servidumbres legales establecidas para utilidad de los particulares.

§ I.—DE LA CO-PROPIEDAD CON INDIVISION FORZOSA.

Núm. 1. Principios generales.

480. Sucede á veces que una cosa está afecta al uso común de dos ó varias heredades pertenecientes á propietarios diferentes, y que esta cosa forma un accesorio indispensable de esas heredades, de suerte que su explotación se volvería imposible, ó por lo menos se embarazaría si

¹ Sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1836 (Daloz, *Selvas*, núm. 1463).

² Sentencia de casación, de 26 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 1, 350).

los propietarios interesados no pudieran servirse de la cosa cuyo uso es común. Vamos á dar algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia.

En la antigua provincia de Béarn, es de uso casi general que las casas no estén separadas por pared medianera sino que se hallan en un estado completo de aislamiento y forman lo que los romanos llamaban islas.

Se da el nombre de *callejuela* al estrecho espacio de tierra que existe entre las casas. Estas *callejuelas* se destinan á recibir las aguas pluviales que bajan de los techos, sirven para los derrames de las casas y para el establecimiento de olores. Todo hace presumir, dice la corte de Pau, que las *callejuelas* se han establecido por interés común de los propietarios contiguos, y que les pertenecen en común, lo mismo que en otras partes las paredes que separan dos edificios son medianeras (1).

En la antigua Provenza, se llaman *camino vecinales* ó de *carriada* los caminos de servicio que, atravesando varias propiedades sirven para la explotación de todas las heredades ribereñas, á los que comunican con las vías públicas que se hallan al principio ó al fin de dichos caminos. Se presume, dice la corte de casación, que en su origen, fueron establecidos por todos los vecinos interesados en su creación, y constituyen, por consiguiente, entre ellos una propiedad común (2).

481. Una primera dificultad se presenta en esta materia, y es grande. ¿Cómo se probará que las cosas necesarias á varios propietarios contiguos les son comunes? ¿Acaso no pueden ser la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y estar gravadas con una servidumbre en provecho de los demás? ¿Cómo se distinguirá la co-propie-

¹ Pau, 29 de Marzo de 1867 (Daloz, 1869, 2, 144).

² Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 383).

dad de la servidumbre? La propiedad puede adquirirse por prescripción, mientras que la servidumbre de paso no prescribe. Luego hay una posesión que los ribereños pueden invocar, y es la que conduce á la propiedad, y hay una posesión que no se puede invocar, y es la que conduciría á la servidumbre. ¿Cómo distinguir estas dos especies de servidumbre? ¿No llegará á suceder que, no pudiendo prevalerse de la posesión para la adquisición de la servidumbre de paso, los ribereños se prevaldrán de aquélla para establecer la propiedad en su provecho? Nosotros hemos examinado estas cuestiones en los números 164-168. La jurisprudencia, como acaba de verse, ha resuelto la dificultad creando presunciones. Esto es abusar extrañamente de este medio fácil, pero peligroso de decidir las contiendas. El código no le atribuye más confianza que á la prueba testimonial, y ya se sabe como desconfía de los testimonios (art. 1353). Fuera de las presunciones del hombre que no son admisibles sino cuando el valor del litigio no excede de cien francos, no hay más presunciones que las que la ley establece; y ¿en dónde está la ley que presuma que las cosas necesarias á varias personas les pertenezcan en común? La corte de Pau invoca la presunción de medianería que la ley establece para las paredes que separan dos edificios. Esto, por lo mismo, tiene una apariencia de argumento jurídico, pero sólo una apariencia: ¿acaso no es un principio elemental que las presunciones son de la más estricta interpretación, y que jamás se las puede extender de un caso á otro, aun cuando sea por razón de analogía?

Hay, pues, que dejar las pretendidas presunciones, imaginadas por la necesidad de la causa, y ajustarse á los principios generales que rigen las pruebas. El actor es el que debe establecer el fundamento de su demanda. El pretende ser propietario, y tiene que probarlo. Esto es difi-

cil, en buena hora, pero la dificultad de la prueba no es una razón para recurrir á presunciones que la ley ignora. En una sentencia de la corte de Bruselas encontramos la aplicación de estos principios. Los títulos invocados por las partes eran oscuros, insuficientes. Fué preciso proceder á una visita de peritos para comprobar el estado de los lugares y al mismo tiempo la posesión. Y quedó comprobado que desde tiempo inmemorial existía entre dos casas uno de esos estrechos espacios denominados *callejuelas*. Entre otros usos, esta callejuela servía para recibir las aguas pluviales que bajaban de los techos de las dos casas; para este efecto, se había practicado una canal de mampostería en el terreno en litigio. Uno de los vecinos reclamaba la propiedad exclusiva de la callejuela, pero no probaba que alguna vez hubiese ejecutado un acto de propiedad exclusiva. Por el contrario, el estado de los lugares y una posesión inmemorial deponían contra semejantes pretensiones. Como los cimientos que existían debajo de la callejuela no formaban, según expresión de los peritos, más que un solo espesor, eran medianeros; por lo mismo la canal puesta encima de dichos cimientos era también medianera; y por vía de consecuencia, la callejuela debía también considerarse como tal. Por mejor decir, una posesión inmemorial comprobada la co-propiedad del terreno litigioso (1).

482. ¿Esta co-propiedad implica una indivisión forzosa? Se lee en una sentencia de la corte de casación: "Toda vez que entre dos propiedades y dos establecimientos principales, poseídos principalmente por dos diferentes propietarios, exista un objeto accesorio, una dependencia

1 Bruselas, 29 de Marzo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 146). Compárese, sentencias de denegada apelación, de 10 de Enero de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1107, 2^o), y de 12 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 346).

de tal manera necesaria para la explotación de dos propiedades principales, que, sin su posesión y goce común, las mencionadas propiedades principales 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 partición de dicho objeto accesorio" (1). Se trataba en el caso al debate, de la dependencia de un molino cuyo goce común era absolutamente necesario para la explotación de dos propiedades contiguas. Las mismas partes habían reconocido esta necesidad, conviniendo en que no podría solicitarse la partición. Es claro que este convenio no habría impedido la demanda de partición. En efecto, según los términos del art. 815, "á nadie se le puede obligar á permanecer en la indivisión, y á toda hora puede provocarse la partición, no obstante las prohibiciones y *convenios* en contrario." Así, pues, el convenio era nulo. ¿Pero cómo es que la indivisión pueda ser forzosa, cuando una disposición de orden público reprueba la indivisión forzada? La corte de casación ha palpado la fuerza de la objeción; el artículo que acabamos de transcribir agrega que "se considera que los dos propietarios permanecen, á este respecto, menos en una indivisión que en una "servidumbre recíproca" el uno respecto del otro." Otra sentencia dice que esta comunidad de ciertos objetos divididos constituye una servidumbre recíproca de uno de los propietarios respecto del otro (2). Esto es lo que los autores llaman servidumbre de indivisión. La expresión está mal escogida, porque en el caso de que tratamos la cuestión no es de servidumbre, supuesto que ninguno de los caracteres de la servidumbre existe (3). Esto sería,

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1823 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1520).

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

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 411, nota 1. Compárense los autores que allí se citan.

pues, una obligación; pero ¿cómo admitir sin ley una servidumbre legal? ¿y aun mucho más, una obligación legal contraria á la disposición expresa del art. 815? Decir con la corte de casación que no hay indivisión forzada, que hay servidumbre recíproca, es pagarse de palabras. La verdad es que hay co-proprietarios que no pueden pedir la partición, por lo que se hallan en estado de indivisión, y ésta realmente es forzada. Surge ahora la cuestión de saber si el art. 815 permite que haya una indivisión forzada. Esto nos parece muy dudoso.

La única razón que invocan los autores y la jurisprudencia, es la necesidad. Se supone que es imposible dividir la cosa común; si fuese posible la partición, el art. 815 recobraría su imperio. El remate es igualmente imposible, porque tendría por resultado dar la propiedad exclusiva de la cosa á uno de los co-proprietarios, y entonces ¿cómo explotaría el otro la heredad, no teniendo el uso de la cosa sin la cual no puede hacerse la explotación? A nuestro modo de ver, una imposibilidad de hecho no se puede oponer á una ley de orden público. En efecto, ¿de qué proviene esa imposibilidad? Depende, en definitiva, de las partes. Si nos remontamos al origen de la co-propiedad de las callejuelas, de los caminos de explotación, de los patios ¿qué será lo que encontremos? Un convenio que consagra una cosa á un uso común. Luego las partes son las que al establecer una co-propiedad la hacen indivisa con el efecto de que la indivisión será perpetua. ¿No es esto contravenir abiertamente á la prohibición del artículo 815? En vano se apela á la necesidad. Las partes interesadas son las que han creado esa necesidad. Tomemos el caso más favorable. Se divide una casa y se deja la puerta cochera y el patio comunes entre los co-proprietarios; tal es el caso sobre el cual recayó la sentencia de la

corte de casación de 1832, y la de 1823 tiene por objeto un caso sobre más ó menos idéntico. Sin duda que después de la partición se hace imposible explotar las dos fracciones de casa sin el uso común de la puerta y del patio. Pero ¿quién ha puesto á los co-participes en esa imposibilidad? Ellos mismos. Ellos han querido dividir una cosa que era indivisible, supuesto que no había más que un patio y una puerta para una casa que se quería dividir en dos partes. Esta no era la vía legal, porque cuando una cosa es indivisible se remata, art. 1686. En lugar de hacerlo así, á los propietarios les parece bien mantener la indivisión respecto á la puerta y al patio á la vez que dividían la casa; luego por propia voluntad se colocan en una dificultad que no tiene salida. En efecto, hélos aquí que cada uno es propietario de una casa sin puerta exclusiva y sin patio; ellos poseen en común estas cosas indispensables. Pero si uno de ellos pide la partición del patio y de la puerta, ¿qué contestará el otro? ¿Que hay indivisión por necesidad? El mismo es el que se ha puesto en esa necesidad, por lo que él será el que sufra las consecuencias. La consecuencia no puede ser que dependa del que voluntariamente ha creado una co-propiedad, volverla indivisa á perpetuidad, á pesar del legislador.

Las más de las veces no existe la imposibilidad que se invoca. ¿En dónde está la necesidad de tener una *callejuela* para que en ella se derramen las aguas pluviales? La ley ha proveído á ésto permitiendo á los propietarios que dejen derramar el agua á la vía pública. En cuanto á las aguas de uso doméstico, á las autoridades locales corresponde proveer á su desagüe. ¿Debe agregarse que los inodores pueden y deben practicarse en cada casa? En la mayor parte de las provincias no se sabe que cosas sean las *callejuelas*; por lo que la pretendida necesidad que exige su indivisión proviene aún de un acto voluntario.

Pasa lo mismo con los caminos vecinales. La necesidad de un paso sólo existe cuando hay enclave, y el código ha proveído á este caso. No pretendemos nosotros poner en duda la utilidad que puede haber, en algunas circunstancias, en usar cosas comunes con indivisión forzosa. Pero como el art. 815 prohíbe la indivisión por motivos de orden público, sólo el legislador habría podido admitir una excepción sin ley; sobre todo, no puede haberla cuando se trata de derogar una ley de orden público.

483. ¿Cuáles son los derechos de los co-propietarios? Claro es que tienen los derechos que en general, corresponden á los comunistas. Siendo propietarios, pueden usar de la cosa, emplearla en todos los usos á que está destinada por propia naturaleza; así es que se aplican á los comunistas los principios que rigen la propiedad, y no los principios mucho más restrictos que rigen el ejercicio de las servidumbres. Pero los comunistas no son propietarios exclusivos, sino que son co-propietarios, y cada uno tiene un derecho igual en la cosa; síguese de aquí que el derecho de uno está limitado por el derecho de otro, en el sentido que uno de ellos no puede usar de la cosa común de modo que impida que los otros la usen, ó que atente á sus derechos. Tal es la regla general para todos comunista. ¿Recibe esta regla una excepción en el caso de indivisión forzada? Así lo pretenden: cada uno, se dice, puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como de una cosa propia (1). Si la indivisión fuese realmente forzosa, podría decirse que nace de la necesidad que cada uno de los comunistas tuviese de la cosa, y por consiguiente, de sus diversas partes, y que uno debe, pues, considerarse como sólo y único propietario. Pero el punto de partida es discutible. Nosotros no admitimos que

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 412. Compárese, Caen, 24 de Agosto de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 764, 2º).

haya indivisión forzosa. Sin embargo, hay un matiz entre la co-propiedad de que estamos hablando y la co-propiedad ordinaria. Que sea ó nó forzoso, de todas maneras no se ha organizado sino porque todos los comunistas tenían necesidad igual de la cosa que ponen ó que dejan en común; la cosa les es necesaria por el todo, luego pueden usarla por el todo; y el juez debe, en la decisión de las diferencias que surgen entre ambas, mostrarse más amplio que si se tratara de una indivisión ordinaria. He aquí, según creemos, una diferencia que resulta de la naturaleza de esta co-propiedad: cada uno tiene un derecho más extenso; pero por lo mismo cada uno debe también tolerar más de su co-propietario, y el juez no dará oídas fácilmente á las quejas que el uno formule contra el otro; ellos deben soportar tales inconvenientes, puesto que cada uno los causa á su turno.

484. Vamos á aplicar el principio á la co-propiedad de una callejuela ó de un patio. Se pregunta si cada uno de los vecinos puede practicar en su edificio luces y vistas, sin observar las disposiciones reletivas de los arts. 676 y siguientes. Parécenos que antes que todo debe consultarse el destino de la cosa común, supuesto que el principio es que cada uno de los comunistas tiene el derecho de servirse de la cosa para el uso á que está destinada. Si se trata de un patio, casi no hay duda, porque está destinado á dar luz y aire á los edificios contiguos: la intención de los propietarios que lo dejan en común es, pues, que cada uno pueda abrir hacia el patio las vistas que juzgue convenientes. No estamos dentro del caso previsto por los arts. 676 y siguientes. El código supone propiedades exclusivas cuyos dueños tienen en principio el derecho de oponerse á toda vista que dé hacia su heredad; mientras que, en el caso de que estamos tratando, dos propietarios han dejado en común un patio que debe procu-

rar á cada uno aire y luz; luego derogan, por el convenio de indivisión, las restricciones que tienen su razón de ser en la propiedad exclusiva; sin duda que de ello resultarán inconvenientes para el co-propietario, pero debe soportarlos, supuesto que él, por su parte, puede causarlos á su vecino. ¿Debe aplicarse el mismo principio á las callejuelas? Esta es cuestión de hecho más que de derecho, supuesto que la intención de las partes es decisiva. No puede decirse *a priori* y de una manera absoluta, que las callejuelas sirven para el paso, y no para procurar aire y luz á los edificios contiguos, como tampoco puede afirmarse lo contrario; luego en las dudas, hay que pronunciarse por el derecho más amplio. Esto es lo que ha hecho la jurisprudencia.

La corte de casación había aplicado primero la ley de una manera restrictiva, en el sentido de que el propietario de una callejuela no podría tener sobre ella vistas rectas, sino en tanto que dejase un espacio de diez y nueve decímetros (seis piés) entre el edificio en que aquéllas estén practicadas y la parte media de la callejuela (1). Esta era una falsa interpretación de la co-propiedad; precisamente porque la callejuela es una propiedad común, no puede decirse que la propiedad de cada uno de los comunistas no se considera extendida sino hasta la mitad de la callejuela, porque se extiende á toda ella; luego la vista recae á la vez en la propiedad del que la practica y en la propiedad de su vecino. Esto equivale á decir que la cuestión no debe decidirse por los principios que restringen el derecho de abrir vistas en razón de la propiedad exclusiva de los vecinos, sino que se decide por los principios más amplios que emanan de la co-propiedad. La corte de casación ha insistido en su jurisprudencia. En el nue-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1831 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 705).

vo caso, la callejuela toma una anchura de veintisiete decímetros. Uno de los propietarios levantó su edificio y practicó vistas que daban á la callejuela. El otro comunista reclamó; él decía, basándose en la primera jurisprudencia de la corte, que la heredad del vecino comenzaba en la línea ficticia que dividía la callejuela en dos partes iguales; no teniendo la callejuela más que veintisiete decímetros de ancho, las vistas nuevas no se hallaban á la distancia legal de diez y nueve decímetros. Esto era colocar el debate en el terreno de la propiedad exclusiva regida por el art. 678. Y se necesita, dice el informante Mesnard, colocarla en el terreno de la co-propiedad. Cuando una cosa es común, el goce de los comunistas abarca todos los modos que tolera la naturaleza y el destino de la cosa. El derecho de cada comunista es completo en el todo y en cada parte, y se puede ejercitar en una extensión que no tenga más límites que el derecho igual al otro comunista. ¿Cuál es el destino de una callejuela? La ley no le da ninguno, como lo hace en caso de medianería; se supone que el convenio de las partes no ha limitado su uso á un destino especial; por lo que el propietario tiene derecho á abrir hacia ella vistas, y el otro comunista puede usar del mismo derecho. En el caso al debate, casi no podía haber duda alguna, puesto que aquél de los comunistas que había practicado vistas poseía ya una puerta y una ventana que daban á la callejuela; luego estaba probado que la callejuela servía para recibir el aire y la luz; lo que era decisivo. La corte falló que uno de los co-propietarios de una cosa común puede usarla libremente, con tal que no cambie su destino legal ó convencional, y que no atente al derecho recíproco de goce del otro comunista (1).

1 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Marzo de 1851 (Daloz, 1851, 1, 256).

485. El derecho de los comunistas está limitado por el derecho igual de los co-propietarios. ¿Cuál es este límite? Se ha fallado que uno de los co-propietarios no puede sin el concurso de los demás, ó sin hacer que con ellos se falle cambiar el estado de los lugares (1). Esta sentencia no decide que los comunistas no puedan hacer ninguna innovación, sino que únicamente quiere que el que se propone hacer cambios pida el consentimiento de los demás propietarios, salvo el dirigirse á la justicia, si niegan su concurso. Luego puede haber innovaciones á pesar de la oposición de los comunistas. En efecto, operar cambio, trabajos de mejoramiento, es un derecho del propietario; es así que el comunista es propietario, luego está en su derecho al innovar; pero no es propietario exclusivo, por lo que debe ejercer su derecho de manera que no perjudique á los demás. Estos tienen derecho á reclamar, no á causa del hecho aislado de la innovación, sino cuando ésta les causa un perjuicio; si su derecho no está lesionado ni amenguado, no pueden querellarse. Los tribunales tienen, en esta materia un poder de conciliación que resulta de la naturaleza de las cosas. Esto pasa en las contiendas que se suscitan sobre el uso del agua, porque este uso también es una especie de co-propiedad, que implica un derecho igual (art. 645). Otro tanto debe decirse de la co-propiedad indivisa. Difícil es que uno de los co-propietarios haga cambios sin que de ellos resulte algún inconveniente para los demás, aun cuando no sea más que un trastorno en los hábitos de éstos. ¿Quiere decir esto que el menor perjuicio sea suficiente para darles acción? La corte de Metz ha fallado muy bien que los tribunales deben pesar las ventajas que produce la innovación para uno de

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Noviembre de 1840 (Daloz, "Servidumbre," núm. 921).