

SECCION III.—Del ejercicio de las servidumbres.

§ I.—CUALES SERVIDUMBRES PUEDEN ESTABLECERSE.

219. El art. 686 dice que se permite que los propietarios establezcan en sus propiedades, ó en favor de éstas, las servidumbres que les parezca. Este derecho se deriva del poder que tiene en su cosa el propietario, el cual pue-

1 Burdeos, 11 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 de Enero de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1138).

2 Gaute, 30 de Junio de 1843 (*Pasirisia*, 1843, 2, 185).

3 Burdeos, 26 de Octubre de 1859, y 16 de Enero de 1860 (*Pasirisia*, 1861, 2, 61 y 63). Compárese Bruselas, 18 de Julio de 1849 (*Pasirisia*, 1843, 2, 185).

de disponer de ella de la manera más absoluta (art. 544), lo que implica la facultad de desmembrarla ó de gravarla con derechos reales. Cuando el desmembramiento aprovecha á otra persona ó á otra heredad, toma el nombre de servidumbre personal ó real. Parece que el art. 686 prohíbe las servidumbres personales, porque agrega: "Con tal, no obstante, que estos servicios no se impongan ni á la persona, ni á favor de la persona, sino únicamente á un predio y para un predio." Nosotros hemos explicado esta disposición en otra parte de esta obra (t. VII, núms. 144 y 145, y t. VI, núm. 323). Aquí no nos ocupamos más que de las servidumbres reales. El establecimiento de éstas sufre igualmente una restricción; el art. 686 añade: "Con tal que, por otra parte, estos servicios nada tengan de contrario al orden público." Esta reserva es de derecho común. Los particulares nunca pueden derogar las leyes que interesan al orden público (art. 6). Hemos dicho en el tomo I de esta obra (núms. 47 y 49) que esta regla debe formularse de una manera más general; no se permite á las partes contrayentes que deroguen lo que es de interés general. El principio recibe también su aplicación á las donaciones y testamentos. Hay, sin embargo, gran diferencia entre los contratos á título oneroso y los actos á título gratuito: en éstos las cláusulas y condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres se tienen por no escritas, artículo 900, mientras que estas mismas condiciones vuelven nulo el convenio que de ellas depende (art. 1172). Volveremos á insistir en estas diferencias en el título de las *Donaciones*.

Las palabras *orden público* tienen una doble significación: en el sentido estricto se refieren al estado de las personas, y significan que las servidumbres convencionales no pueden derogar las leyes que han abolido el régimen feudal, como

lo hemos explicado al exponer los principios generales sobre las servidumbres. La expresión *orden público* tiene, además, un sentido más amplio, es sinónima de *interés público*; así es que los convenios que establecen una servidumbre no pueden derogar el interés general. Hemos visto una aplicación de este principio al explicar el art. 674. Este artículo prescribe las precauciones que deben tomarse para ciertas construcciones que pueden dañar á los vecinos; unas son de interés privado, y se permite á las partes contrayentes que las renuncien; las otras son concernientes á la seguridad pública, y no se permite derogarlas (núm. 26).

220. La aplicación del art. 686 suscita dificultades en buen número. Con frecuencia es difícil determinar el carácter de un derecho estipulado por las partes contrayentes ¿Es un derecho de obligación? ¿es un derecho de servidumbre? Tal es la cuestión de saber si el derecho de caza puede estipularse á título de derecho real; nosotros la examinamos en otro lugar (t. VI, núm. 106; y t. VII, números 106 y 108). A veces lo que es incierto es la calificación del derecho real. Si el derecho es un derecho real, bastante poco importa de qué manera se le califique, supuesto que es de principio que los propietarios pueden desmembrar su derecho de propiedad como se les ocurra, y todos estos derechos reales están regidos por los mismos principios. Vamos á recorrer algunos casos que se han presentado ante los tribunales.

Se pregunta si se puede estipular, á título de servidumbre, el derecho de plantar en terreno ajeno. Hay que distinguir las plantaciones que se hacen en la vía pública y las que se hacen en una propiedad particular. En cuanto á los árboles plantados en un camino público, la ley de 28 de Agosto de 1792 dispone, art. 14: “todos los árboles actualmente existentes en los caminos públicos, que no

sean los caminos reales nacionales, y en las calles de las ciudades, aldeas y villorios se reputan como pertenecientes á los propietarios ribereños, á menos que las comunas justifiquen haber adquirido la propiedad por título ó posesión." ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Los ribereños tienen la propiedad de los árboles plantados en un terreno que, de derecho común, forma parte del dominio público de la comuna. Ahora bien, según los términos del art. 547, los árboles pertenecen como frutos al propietario del predio, por derecho de accesión. Así, pues, cuando los árboles son propiedad de los ribereños, el dominio de la comuna se desmembra. En vano se diría que, estando el dominio público fuera del comercio, no se le puede gravar con una servidumbre. Este principio no es absoluto. Aquí hay una ley formal que pone fin á toda duda: los ribereños tienen derecho á aquellos árboles que, en virtud del derecho de propiedad, deberían pertenecer á la comuna, y éste es ciertamente un derecho real. ¿Este derecho existe también en el sentido de que los ribereños tengan derecho á hacer nuevas plantaciones? La ley de 92 no les da el derecho de plantar, sino que antes bien se los rehusa, supuesto que limita el derecho de los ribereños á los "árboles actualmente existentes." Al discutirse la ley de 1841 sobre los caminos vecinales, se suscitó la cuestión en el senado. Sostúvose que los ribereños tenían el derecho de plantar en virtud de la ley de 1792, cosa que no es exacta. El ministro de gobernación declaró que si un ribereño había adquirido el derecho de plantar en un camino, se le conservaba este derecho.

¿Pero cómo puede adquirir ese derecho? El ministro contesta que podrá adquirirlo por la prescripción (1). Hay que añadir que los ribereños tienen ese derecho á

1 Delebecque, "Comentario sobre la ley de 10 de Abril de 1841," 55, núm. 92.

título de propietario, allí en donde, como en Flandes, tienen la propiedad de los caminos vecinales, de los cuales las comunas tienen únicamente el goce á título de servidumbre. Por derecho común, el propietario de un predio sirviente puede plantar en el camino que sirve de paso, con tal que la plantación no haga un perjuicio á la servidumbre, art. 701. Ahora bien, se supone que la plantación no perjudica la circulación, que no es contraria al destino del camino, porque de lo contrario podría ser cuestión de prescripción. Luego se permanece bajo el imperio de los principios generales, lo que decide la cuestión en favor de los ribereños. Si se puede tener el derecho de plantar en una vía pública, á título de servidumbre, con mayor razón se puede tener ese derecho en las propiedades privadas. Y siendo la servidumbre aparente y continua, podrá adquirirse por la prescripción. En otro lugar de esta obra hemos dicho que el derecho de tener árboles en el predio ageno existe en muchas localidades. Merlin llama á este derecho una propiedad parcial (1). ¿No es más bien una servidumbre? El que tiene derecho á una cierta especie de árboles que crecen en un bosque ningún derecho tiene en el suelo, por lo que no es propietario; tiene derecho á los frutos sin tener la propiedad del suelo que los produce. Este, en verdad, es un derecho de una naturaleza particular. Difiere de las servidumbres, en que la servidumbre es un derecho inmobiliario, mientras que el derecho que se tiene en los árboles, cuando no es uno propietario del suelo, es un derecho mobiliario. No es un derecho de propiedad, puesto que el suelo pertenece á otro. Luego es un derecho de una naturaleza especial. Hay una sentencia de la corte de casación que parece contraria. En el caso de que se trata, la posesión de los ár-

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra Comuna, pfo. 7^o. Y el t. 6^o de estos "Principios," núm. 85.

boles era un simple hecho, porque el poseedor no había alejado una posesión á título de propietario ni á título de servidumbre. La cuestión entraba, pues, bajo la aplicación del art. 555, y nada de común tenía con la dificultad que acabamos de examinar (1). Esta materia da margen á otras muchas dificultades; pero creemos inútil entrar al debate, porque casi no tiene interés práctico.

221. Una comuna, al vender un terreno contiguo á una plaza pública, estipula que los adquirentes estarán obligados á edificar dentro de un plazo determinado. Esta estipulación se hizo evidentemente en provecho de la plaza pública. ¿Es una servidumbre? La corte de Gante falló que es un gravamen real que pesa sobre los terrenos vendidos, y que, en consecuencia, los sigue en las manos de los sub-adquirentes. Estos no pueden quejarse de que se imponga á su propiedad una restricción en la cual no han consentido. Si el gravamen es real, pasa por lo mismo á todos los sucesores del predio, sin que deba declararse. Los terceros, por otra parte, están avisados por el registro de la escritura de venta (2). Nosotros creemos que el tribunal ha fallado bien. Queda por saber si este gravamen constituye una servidumbre. No lo creemos así. Se objeta que si existe una servidumbre de no edificar, puede haber también una de edificar; que en uno y otro caso, el derecho del propietario está restringido. Nosotros contestamos que las servidumbres no consisten en hacer; la ley permite, cierto es, cargar al propietario del predio sirviente con los trabajos necesarios para el uso de la servidumbre; pero este gravamen, real también, es el accesorio de una servidumbre principal; mientras que en el caso de que se trata, la carga principal consistiría en hacer. Lue-

1 Sentencia de casación, 11 de Junio de 1839.

2 Fallo del tribunal de Gante, de 13 de Agosto de 1860. A apelación, el negocio se transó. ("Bélgica judicial," t. 22, p. 864).

go es una carga de una naturaleza particular. Si el tribunal ha resuelto que fuese real, es porque se había estipulado en provecho de una plaza pública y no en interés de una persona; en este sentido, participaba del carácter de las servidumbres.

222. Se ha estipulado en una escritura de venta “que las construcciones que se levanten en los terrenos que los vendedores posean todavía deberán ser del uso de habitaciones burguesas, hechas y agenciadas como tales.” La corte de Lyon falló que esta estipulación constituía una servidumbre; la sentencia la asimila á la servidumbre de no edificar (1). ¿No podría objetarse que en este caso hay también obligación de hacer, y por lo tanto servidumbre? Nó; hay una diferencia entre el caso que acabamos de examinar, núm. 221, y éste. En el primero, los adquirentes estaban obligados á edificar, es decir, á hacer. Mientras que en el caso resuelto por la corte de Lyon, los vendedores no estaban obligados á edificar; pero si edificaban, debían construir casas burguesas; luego les estaba prohibido construir casas obreras; en este sentido, el gravamen que se les imponía consistía en no hacer, luego había servidumbre. Se hacía otra objeción, pretendiendo que la obligación de no edificar más casas que burguesas era un derecho de crédito, es decir, una obligación personal impuesta á los vendedores, y de aquí se concluía que el gravamen, no siendo real, no pasaba á los sucesores. La corte de Lyon contesta que los términos de la convención eran absolutos, de lo que resultaba que el gravamen estaba impuesto á todo poseedor de predio, por lo que constituía una servidumbre. Es verdad que el convenio agregaba que, una vez construidas las casas, se tendría por cumplida la estipulación, porque las partes no pretendían crear una “servidumbre perpetua.” Pero esta cláusula no

1 Lyon, 1º de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 71):

probaba más que una sola cosa, y es que la servidumbre en lugar de ser perpetua, no era más que transitoria.

223. ¿La obligación de sufrir los inconvenientes del humo que se escapa de las chimeneas vecinas es una servidumbre? En otro lugar de esta obra (t. VI, núm. 146) hemos dicho que esta obligación es una de las que nacen de la vecindad; luego es de derecho común; es condición natural de la propiedad la de ser restringida por el derecho igual de los otros propietarios. Sin embargo, estas cargas nacidas de la vecindad tienen su límite. Ellas se justifican por la consideración de que si un propietario experimenta una molestia él por su parte hace sufrir la misma molestia á su vecino. Se rompe esta igualdad cuando uno de los vecinos hace un uso inmoderado de su derecho, ó cuando se levanta una de esas inmensas fábricas que difunden una humareda dañosa al vecindario. En otros casos, la emisión del humo toma los caracteres de una verdadera servidumbre. Quiere decir que el propietario no puede esparcir un humo excepcional sino cuando ha adquirido el derecho por título. La corte de Metz así lo ha fallado (1). Acabamos de decir que se necesitaría un título; en efecto, la servidumbre es discontinua, puesto que cada día se necesita el hecho del hombre para que el humo se produzca. En el caso juzgado por la corte de Metz, la servidumbre se había adquirido bajo el imperio del antiguo derecho, luego formaba un derecho adquirido al publicarse el código civil.

224. ¿El derecho de excavar para buscar minas, constituye una servidumbre? Cuando se estipula este derecho en provecho de una mina, no hay duda alguna, supuesto que, en este caso, hay un gravamen establecido en un predio para provecho de otro. ¿Pero qué debe resolverse si hay una simple concesión de minas hecha á un tercero no

1 Metz, 29 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 26).

propietario de los predios que se deben explotar? ¿En dónde está entonces la heredad dominante? ¿y si no hay predio para cuya utilidad se estipule el gravamen, puede haber servidumbre? La cuestión ha sido resuelta afirmativamente por la corte de casación de Bélgica. En otro lugar de esta obra hemos dicho que las minas forman una propiedad particular, distinta de la superficie del suelo en el cual se hallan. El gobierno tiene derecho á conceder á otro que no sea el propietario la explotación de la mina y la facultad de hacer exploraciones en los terrenos vecinos. Este derecho de explotación es un gravamen que pesa sobre un predio por interés de la explotación concedida; ahora bien, la concesión de una mina es un derecho inmobiliario, luego hay un predio dominante y un predio sirviente. Si no hay concesión, sino un simple derecho para hacer excavaciones para lograr el descubrimiento de la mina ¿habrá todavía servidumbre? La sentencia está concebida en este sentido, porque supone que aun no está otorgada la concesión (1). Creemos que en esto hay error, porque ya deja de haber predio dominante. ¿Quiere decir esto que el gravamen no sea real? Claro es, que sí lo es por su naturaleza misma: porque el objeto de la concesión es el derecho de explorar la mina en los predios, haciendo abstracción de los poseedores. Esto basta para que haya derecho real, pero no todo derecho real es una servidumbre.

§ II.—DEL MODO DE EJERCER LAS SERVIDUMBRES.

Núm. 1. Del título.

I. Principio de interpretación.

225: Según los terminos del art. 686, el uso y la extensión de las servidumbres establecidas por el hecho del

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Mayo de 1845 (*Pasicrisja*, 1845, 1, 385).

hombre se rigen por el título que las constituye. El título forma, en efecto, la ley de las partes, cuando es una convención (art. 1134); y si es un legado nace igualmente de una especie de contrato de la exceperon del legatario. Ninguna duda hay en cuanto al principio; ¿pero cuál es la regla de interpretación que debe seguirse? Este es el punto importante. Toullier contesta, siguiendo á Domat: “Como las servidumbres derogan la libertad natural, se las debe restringir á lo que parezca estrictamente indispensable para la necesidad de los predios á los que son debidas, y se debe disminuir su molestia en todo lo posible (1).” Esto es demasiado absoluto y la fórmula ciertamente que excede el pensamiento del autor. Se halla en Dumoulin una fórmula en apariencia enteramente contraria. Toullier concluye que, en las dudas, debe uno pronunciarse en favor del predio sirviente; mientras que Dumoulin dice que, en las dudas, la servidumbre no debe presumirse limitada (2); de suerte que uno de ellos restringe la servidumbre y el otro no la restringe. ¿Cuál de las dos reglas es la que debe seguirse? A nosotros nos parece que como la ley no establece principio especial en lo concerniente á la interpretación de los títulos constitutivos de servidumbre, hay que señirse á los principios generales que establece el código en el título de las *Obligaciones*, acerca de la interpretación de las convenciones. Ahora bien, leemos en el art. 1156 que se debe, en los convenios, investigar cuál ha sido la común intención de las partes contrayentes. Esta es una regla fundamental que no tiene excepción, porque la voluntad de las partes es siempre su ley. Así, pues, cuando el propietario de una heredad la ha gravado con una servidumbre en términos

1 Toullier t. 2º, p. 303, núm. 654. Domat, lib. I, tít. XII, sec. I, núm. 9

2 Dumoulin, “Redivido et individo, part. III, núm. 83.

ilimitados, no hay duda alguna acerca de la voluntad de las partes. ¿Con qué derecho se vendría á restringir el gravamen según las necesidades del predio dominante? Esto equivaldría á deshacer lo que las partes han hecho, y el juez no tiene este derecho.

Interroguemos á la jurisprudencia. En la escritura por la cual el propietario de dos casas vende una de ellas, se estipula que el muro de cerramiento situado al frente de la casa vendida, y cuya propiedad exclusiva conserva el vendedor, no podrá pasar de una cierta elevación. Parece que estos términos establecen una servidumbre *altius non tollendi* en provecho de la casa vendida. Sin embargo, se falló que la cláusula constituía una servidumbre de *prospecto*; y como de costumbre la corte de casación desechó el recurso, porque la sentencia ataca-la no había hecho más que interpretar el convenio fundándose en la intención de las partes contrayentes. La corte suprema agrega que los títulos constitutivos de servidumbre deben interpretarse, como todos los convenios, según la intención de de las partes más bien que según el sentido literal de los términos (1). ¿Pero la corte de Nîmes no había sobrepasado la voluntad de las partes dando una interpretación extensiva á sus convenios? Ciertamente es que la servidumbre "altius non tollendi" es menos extensa y menos onerosa que la servidumbre de *prospecto*. Para ver cual había sido la intención de las partes contrayentes, hay que consultar el fallo de primera instancia cuyos motivos adoptó la corte de apelación. La servidumbre "altius non tollendi" no tiene más objeto que procurar aire y luz al predio dominante; y en el caso de que se trata, la casa vendida se hallaba á tal distancia de la pared, que su aumento de altura no había podido impedir ni el aire ni la luz. Esto

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 391).

prueba que los términos de que se habían servido las partes no expresaban su intención: ellas habían querido hacer el aspecto de la casa vendida más agradable y más ventajoso; luego habían querido establecer una servidumbre de "prospecto," siendo que los términos establecían una servidumbre "altius non tollendi," era llegado el caso de aplicar la última parte del art. 1146, el cual dice que se debe consultar la intención de las partes más bien que detenerse en el sentido literal de los términos.

226. Hay escrituras que por su naturaleza deben recibir una interpretación favorable á aquél por cuyo interés se han celebrado y éstas son las donaciones. Luego si una servidumbre se constituye por donación, debe interpretarse á favor del donatario, por más que sea el propietario del predio dominante. Esto equivale á decir que la interpretación será extensiva, porque tal es, ciertamente, la intención del que constituye la servidumbre. Los padres de una señorita le hacen una donación en vista del matrimonio que va á contraer. La cosa donada era una pequeña porción de pradera. En la escritura se estipuló que los donatarios tendrían un derecho de paso "con carro ó de cualquiera otra manera" á través del patio de la casa ocupada por los donadores. Los donatarios construyeron una casa en el predio que se les había donado. De aquí la cuestión de saber si el paso, establecido cuando el predio dominante era una pradera, podía ejercerse en provecho de la casa. Era llegado el caso de aplicar la regla de interpretación establecida por Dumoulin. La servidumbre de paso estaba constituida en términos generales, no estaba limitada al prado, sino que estaba concedida en provecho de la heredad donada, por lo mismo se la debía considerar como ilimitada. Tanto más se la debía interpretar en ese sentido, dice la corte de Bruselas, cuanto que la servidumbre estaba establecida en una donación, es decir, en una

escritura que debe entenderse en un sentido favorable á los donatarios. En el caso de debate, casi no había duda, porque la pradera se había donado á los futuros esposos en vista de la construcción de una casa, y ya se edificaba en el momento en que se celebraba el acto de donación. Por último, lo que era decisivo, es que la servidumbre se había practicado en provecho de los donatarios por todo el tiempo que los donadores habían vivido, la ejecución de la escritura ó la posesión servía de interpretación á la voluntad de las partes (1).

227. Encuéntrase en una sentencia de la corte de casación un principio que parece contrario á la regla de interpretación que acabamos de establecer según la jurisprudencia; en ésta se dice que en materia de servidumbre todo es derecho estricto. En otro lugar de esta obra (t. VII, núm. 175) hemos dicho en qué sentido debe entenderse esta máxima que la corte ha formulado en términos demasiado absolutos. Esto, en realidad, no es más que la aplicación de una regla asentada por el código, en la sección que trata de la interpretación de los convenios. El artículo 1162 establece que “en caso de duda, el convenio se interpreta contra el que ha estipulado y á favor del que ha contraído la obligación.” Ahora bien, en materia de servidumbre, hay también un deudor y un acreedor; el código llama al predio sirviente, el predio deudor; luego el predio dominante es el acreedor. Si hay duda, se le debe interpretar á favor del predio sirviente, ó sea á favor de la libertad. En este sentido la servidumbre que deroga la libertad es de derecho estricto, lo que no quiere decir que se deba ver con disfavor y restringirla como cosa odiosa, así como lo dice el viejo proverbio: “odia restringenda.” Como en otra parte lo hemos probado, lejos de

1 Bruselas, 4 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 118). Comparese Pardessus, t. 2º, p. 62, núm. 270.

ser odiosas las servidumbres están, al contrario, vistas con favor; si disminuyen la libertad de uno de los predios, en cambio aumentan las comodidades, y en consecuencia, el valor del otro. En definitiva, no hay reglas especiales para la interpretación de las servidumbres: la interpretación se hace según los principios generales.

II. Aplicaciones.

228. Acabamos de decir que, en caso de duda, hay que pronunciarse á favor del predio deudor de la servidumbre, es decir, á favor de la libertad contra la sujeción. ¿Cuándo hay duda? Puede haberla sobre la existencia misma de la servidumbre. Supongamos que se invoque un título; se trata de interpretarlo. Ahora bien, el título implica una declaración expresa de voluntad, porque no se presume el establecimiento de las servidumbres. Es cierto que la ley admite un título tácito, el destino del padre de familia; pero en este caso, exige condiciones especiales como garantía de la voluntad de las partes interesadas. Así, pues, cuando el que reclama una servidumbre produce un título, preciso es que éste contenga un compromiso del propietario del predio sirviente. Si hay duda sobre el punto de saber si existe, no habrá servidumbre. Esto está en armonía con los principios generales. La servidumbre es una enagenación parcial del predio, y á nadie se presume que enagene.

El caso se ha presentado en circunstancias muy favorables al que reclamaba la servidumbre. Un comerciante se asocia con un empresario para la construcción de una casa de varios pisos. El comerciante fué el que dió todos los pasos para la venta de los diversos pisos; él poseía un terreno en las cercanías, en el cual se proponía también levantar construcciones, pero anunciaba en alta voz que él no edificaría más que unos almacenes y un entrésuelo. El

comerciante no cumplió esta especie de promesa, é hizo construcciones que tapaban los pisos vendidos. Los adquirentes pidieron la destrucción de los trabajos y daños y perjuicios. Se falló que como el comerciante no había contraído ningún compromiso de no edificar, ó de no hacerlo sino á cierta altura, no había servidumbre. La sentencia comprueba, además, que no había habido ninguna especie de dolo: la intención de no edificar que el comerciante había manifestado, él la tenía realmente; cambió de parecer y para ello tenía derecho. Habiendo usado de su derecho, no podía estar obligado á daños y perjuicios. La sentencia de la corte de Bastia que lo condenó á daños y perjuicios, fué casada (1).

En otro caso, se falló igualmente que no había servidumbre. Un tercero estuvo presente á la venta de un predio, el cual sin título poseía unas luces que daban hacia su propiedad contigua. El comprador sostuvo que con su presencia el vecino había consentido tácitamente en que se mantuviesen las luces á título de servidumbre. Se rechazó semejante pretensión. En vano se invocaba el proverbio de que el silencio implica consentimiento. Sí, cuando se debe hablar, y no se habla, se repite que se consiente. Pero, en el caso de que se trata, el vecino no tenía por qué explicarse acerca de las luces que hasta entonces había tolerado, porque los convenios no hablaban de servidumbres. En cuanto á su presencia al acto, tenía su razón de ser, puesto que intervenía para dejar arreglados los derechos de comunidad y de goce, y en este reglamento no se trataba de las luces litigiosas. Luego no había ninguna razón para dudar; y si la presencia del vecino al acto había originado dudas, todavía entonces habría debido decidir que en caso de duda no existe servidumbre (2).

1 Sentencia de casación, 31 de Julio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 390).

2 Lyon; 9 de Marzo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 991).

229. Esto no quiere decir que se necesiten términos expresos y sacramentales. El derecho moderno ignora estas exigencias que favorecen el espíritu de chicana mucho más que la buena fe. Se ha admitido por la doctrina y la jurisprudencia que el juez puede relacionar y combinar las cláusulas de un mismo contrato ó de varios actos diferentes, emanados sea de aquél cuya heredad se pretende que está gravada, sea de sus autores, y reconocer, en consecuencia, que se debe una servidumbre á un predio (1). En una escritura se dice que se demolerá una pared hasta una altura determinada, y ni una palabra se dice de servidumbre. El que ha demolido lá pared la aumenta en elevación y pretende que no se ha sujetado á la servidumbre *altius non tollendi*, y que no podría haber servidumbre undada en un título ni un compromiso personal del dueño del predio que se dice estar sometido. La corte de Bruselas desechó estas chicanas. ¿Acaso el convenio tendría algún sentido si se le interpretase de tal manera? ¡Cómo! yo pago quinientos francos por un pequeño rincón de tierra que sólo vale cien, y estipulo que la pared que me roba la luz será bajada en nivel; y después vendrán á decirme que yo no tengo derecho á ninguna servidumbre, sólo porque la palabra no se encuentra en la escritura! El vendedor dirá: “Yo he demolido la pared, y es todo á lo que estoy obligado, pero no me he comprometido á no volver á levantarla.” ¡Pretensión digna de la época en que una coma omitida hacía que se perdiera un pleito! La intención de las partes no era dudosa, por lo que la corte resolvió que había servidumbre *altius non tollendi* á favor del adquirente (2).

Hay una sentencia análoga de la corte de casación de

1 Pardessus, t. 2º, p. 48, núm. 268. Sentencia de denegada apelación de 26 de Febrero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 938).

2 Bruselas, 2 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 76).

Francia en un caso que presentaba alguna duda. Con motivo de la adjudicación de dos casas contiguas que habían pertenecido al mismo propietario, una cláusula impone ciertos gravámenes hasta el restablecimiento del antiguo muro medianero. En otra escritura posterior se estipula que se reconstruirá la pared á expensas comunes sobre los antiguos cimientos. Esto era todo lo que decían las escrituras, y ni una palabra de servidumbre. Sin embargo, se falló que resultaba de las circunstancias que las partes habían gravado recíprocamente con una servidumbre *altius non tollendi* la pared divisoria de sus propiedades. ¿Cuáles eran esas circunstancias? Los patios de ambas casas eran tan angostos que una pared de cierta altura las habría privado de aire y de luz; la servidumbre de no elevar la pared estaba, pues, exigida por la necesidad de las casas. Esto, sin embargo, no es suficiente para crear una servidumbre *altius non tollendi*, porque la ley no reconoce más que una sola servidumbre de necesidad, y es el paso en caso de enclave. La sentencia se funda también en los convenios celebrados entre las partes; al convenir en que se reconstruyese la pared, ellas estipularon que se conservarían los antiguos cimientos, lo que implicaba que la pared conservaría sus primitivas dimensiones muy restringidas; la calidad de los materiales llevaba á la misma consecuencia. Quedaba un motivo para dudar que, en derecho, nos hace inclinarnos hacia la opinión contraria. En la última de las escrituras se decía que “aquél de los dos propietarios que necesitare mayor altura de pared haría á su costa esta elevación.” ¿No equivalía esto á autorizar la elevación? y ¿cómo conciliar la facultad de elevar con la servidumbre que consiste en no edificar más alto? La corte de París resolvió que de los expedientes del litigio resultaba que las partes no habían tenido en mira más que una débil elevación. Es difícil criticar una apreciación de

hecho. La corte de casación pronunció una sentencia de denegación, como lo hace siempre que los jueces no han hecho más que hacer constar la intención de las partes contrayentes (1).

230. La duda se presenta algunas veces bajo otro aspecto. Un solo y mismo derecho puede estipularse sea á título de servidumbre, sea á título de crédito, según que las partes se preocupan por la utilidad de un predio ó por la ventaja de una persona. Como el art. 686 prohíbe establecer las servidumbres en provecho de una persona, importa mucho saber si en la intención de las partes se estipula un derecho en provecho de los que hablan en la escritura ó si se estipula por interés de sus predios. No es la heredad la que habla, sino el propietario á nombre de ella; pero ¿cuándo habla él á nombre del predio? ¿cuándo en propio nombre? Esto es á veces muy dudoso. En principio, la intención es lo que decide, pero la dificultad está precisamente en discernir cuál es la intención. Dícese que un derecho de uso ó de pasto se establece en favor del intérprete y de “todos los suyos.” ¿Debe limitarse esta excepción á los descendientes del que ha estipulado el derecho? Si fuera cierto que toda servidumbre debe interpretarse restrictivamente, habría que resolverlo así. Sin embargo, se ha fallado que este convenio establecía un derecho real inherente á la propiedad del estipulante; que la expresión “los suyos” comprende á todos los que sucedan al propietario actual (2). Ciertamente que no es éste el sentido natural de términos empleados por las partes. Así, pues, la interpretación de las partes es extensiva. Sin embargo, nosotros creemos que ha fallado bien. Como nues-

1 Sentencia de denegada apelación, 26 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 393).

2 Bourges, 3 de Enero de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 100, 5°)

tro derecho no reconoce servidumbres personales, toda servidumbre es por esto mismo perpetua. Así, pues, cuando por su naturaleza un derecho constituye una servidumbre, debe suponerse que la intención de las partes es establecer un derecho perpetuo ó sea una servidumbre real. Se necesitaría una manifestación de voluntad bien explícita para que pudiera admitirse que un derecho que por su naturaleza es una servidumbre, no es más que un crédito inherente á la persona del estipulante. Luego la interpretación que admite una servidumbre no es una interpretación extensiva, sino la expresión de la voluntad de las partes contrayentes.

Se ha fallado, además, por la corte de casación que un derecho de paso estipulado por el propietario de un predio para él, los suyos y los co-interesados, es una servidumbre de paso, establecida en términos generales, que, por consiguiente, es ilimitada, como lo decía Dumoulin. En este caso particular, no podía haber duda acerca de la existencia misma de la servidumbre, porque la palabra "co-interesados" comprende á todos los sucesores, á los que suceden á título particular tanto como á los sucesores á título universal. Por la misma razón, la servidumbre era ilimitada; podía ser ejercida por todos los que el propietario del predio dominante quisiera introducir á su casa; todos eran, pues, sus co-interesados, aun cuando él hiciese de su casa un hogar público, estableciendo en ella un tiro de pistola (1). Un caso análogo, pero más dudoso, se presentó ante la corte de Grenoble. La venta comprendía una pieza de terreno en la cual había un pozo y una bomba; el vendedor conservaba una habitación y sus dependencias. En la escritura se decía que "el vendedor tendría derecho, *en lo futuro y á perpetuidad, para él, su fa-*

1 Sentencia de denegada apelación, 8 de Noviembre de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1003).

milia y sus descendientes, al agua de dicho pozo." Al estipular el derecho de toma de agua para "él, su familia y sus descendientes," parecía que el vendedor estipulaba un derecho de crédito más bien que una servidumbre. ¿Pero la redacción correspondía á la idea de las partes? El derecho de toma de agua es por sí mismo una servidumbre, y cuando se estipula en provecho de los habitantes de una casa ¿caso no es por interés de la casa y de todos los que la habiten? Las expresiones "á perpetuidad" procuran un derecho que no se liga á la persona, puesto que aquél no debe extinguirse nunca, mientras que las familias sí se extinguen. Lo que confirmaba esta interpretación, era que la habitación del vendedor, situada en una eminencia, estaba retirada en varios centenares de metros de cualquier otro pozo; luego el pozo era una necesidad para la habitación; sin el uso del pozo, la casa perdía su valor venal y locativo. Como se ve, la intención de las partes sobrepasaba los términos del contrato; ellas querían crear una servidumbre, mientras que la escritura parecía establecer únicamente un derecho de crédito. La corte de Grenoble se atuvo á la intención de preferencia á los términos y resolvió que había servidumbre (1).

231. Cuando es bien claro que el título constituye una servidumbre, se presentan nuevas dificultades acerca de la extensión del derecho, las cuales deben siempre resolverse conforme á la intención de las partes. Las cortes lo olvidan á veces. En una escritura de partición se decía que los lotes segundo y tercero debían dejar paso á los "otros para ir" á un paraje determinado. La palabra *ir* se emplea respecto á las personas, lo que parecía excluir á los animales y á los vehículos. A nosotros nos parece que, para interpretar una escritura de partición, había que tener en cuenta lo que pasaba antes de que se hubieran dis-

1 Grenoble, 8 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 2, 246):

tribuido los bienes; ¿no se pasaba más que á pié? ¿se pasaba en carruaje ó en animales? En seguida había que ver cuál era la naturaleza de las heredades en cuyo provecho se reservaba el paso. Era un predio rústico, supuesto que la sentencia hacía constar que en él había un establo, es decir, animales. La intención de las partes debía, pues, buscarse en estas circunstancias más bien que en los términos de la escritura: ¡las actas tan á menudo están mal redactadas! y la escritura de que se trata era de 1706. La corte de Lieja se pronunció por la interpretación restrictiva, porque la duda debe aprovechar á la libertad del predio (1).

La misma duda se ha presentado en un caso juzgado por la corte de Gante. Una escritura de venta establecía una servidumbre de paso para animales y personas. Se falló que se trataba de un paso en favor del pasturaje. Sin embargo, la escritura agregaba: “y de cualquiera otra manera.” La corte decidió que esta cláusula debía entenderse del derecho accesorio de pasar con carros y caballos para la necesidad del pasturaje. Esto nos parece muy dudoso. En primer lugar, la escritura nada decía de pasto. En seguida de decir y de “cualquiera otra manera” ¿no establecía la escritura una servidumbre general de paso? La sentencia, por otra parte, nos relata algunas circunstancias particulares que justifican la interpretación restrictiva que ella consagra (2). ¿No era este el caso de decir que la servidumbre de paso estaba ilimitada por el hecho solo de que las partes no la habían limitado expresamente á las necesidades del pasto?

232. Hay en la jurisprudencia una tendencia á restringir la extensión de las servidumbres. Sin duda que es favorable la libertad de los predios, pero los derechos de

1 Lieja, 15 de Junio de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 137).

2 Gante, 3 de Enero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 370).

las partes merecen igualmente favor. En una escritura se dice: "para ventaja de sus respectivas propiedades, dos propietarios han establecido en sus inmuebles la servidumbre siguiente: á derecha é izquierda de la pared de separación de las dos heredades, no podrá levantarse ningún edificio, ni ninguna construcción, *sean cuales fueren su elevación y su destino.*" La escritura determina después la zona dentro de la cual se establece esta prohibición. A pesar de los términos generales de que se habían servido las partes, la corte de París falló que la servidumbre tenía únicamente por objeto procurar aire y luz á las construcciones hechas y por hacer más allá de la zona prohibida; ella mantuvo, en consecuencia, paredes elevadas en la zona prohibida, pero á una altura inferior á la de la pared divisoria. La sentencia no da ningún motivo para esta interpretación restrictiva. Fué confirmada por la corte de casación; pero en esta materia las sentencias de denegación tienen poca autoridad, puesto que se limitan á decidir que la corte de apelación se ha quedado dentro de los límites de un derecho de interpretación (1). Dudamos mucho de que Dumoulin hubiese aprobado la decisión de la corte de París. La servidumbre estaba constituida en términos ilimitados, luego era ilimitada; era la voluntad de las partes; la sentencia no refiere ningún hecho de donde pueda inferirse una voluntad contraria. ¿No era esto decisivo?

233. La servidumbre de derrame de las aguas domésticas, y con mayor razón la de los orines, es muy onerosa, y por consiguiente, no se le puede admitir sino en tanto que sea clara la voluntad de las partes. Dícese en un título antiguo que el predio sometido está obligado á recibir "las aguas de los canales" y las que vinieren de un "patio vecino." Por "aguas de los canales," sólo se puede

1 Sentencia de denegada apelación, 9 de Agosto de 1853 (Daloz, 1154, 1, 82).

entender de las aguas pluviales, y este punto no tiene duda. Si hay alguno respecto al alcance de la otra expresión: "con las que vinieren por un pequeño patio," ¿deben comprenderse las aguas de usos domésticos y los orines? La corte de París ha resuelto la cuestión negativamente. Y con razón, á lo que creemos; la segunda cláusula se liga con la primera; no comprendiendo ésta las aguas de usos domésticos, ni los orines, no se puede admitir que la primera los contenga; el sentido natural es más bien éste: las aguas pluviales que vinieren del techo y del patio (1).

234. Hay sentencias que consagran el principio de *Dumoulin*. Cuando una servidumbre de paso se constituye en términos generales, es por esto mismo ilimitada, y sirve, por consiguiente, para todos los usos á que se destina la heredad dominante (2). La escritura constitutiva dice que una servidumbre de paso y de uso (3) se establece á perpetuidad; agrega que el propietario del predio dominante tendrá el derecho de usar el camino en toda su integridad, en el día, como en la noche, para carretas y paso, no importa con qué. Difícil es ser más explícito. Sin embargo, se puso en duda la extensión de la servidumbre. En el momento en que se constituyó, el predio dominante era un *jardín*, más tarde se construyó una *fábrica*; ¿no era esto salirse de los límites de las partes y extender á los transportes multiplicados que exige la explotación de una *fábrica*, una servidumbre que se había establecido para las necesidades de un *jardín*? En esto había alguna duda. La corte de Gante se pronunció por la más amplia interpretación, porque la servidumbre estaba constituida en términos ilimitados, sin restricción ninguna á las necesi-

1 París, 14 de Marzo de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 79, 3°).

2 Oaen, 8 de Enero de 1820 (citado por Demolombe, t. 12, página 449, núm. 926).

3 Tales son los términos flamencos: "Servituet en gebruik."

dades actuales del predio dominante (1). Esta no es más que la aplicación del principio de Dumoulin.

La corte de Caen ha aplicado el mismo principio á la servidumbre de vista. En una escritura de partición se dice: "que todas las paredes de reparación serán medianeras entre los lotes, y que los co-participes estarán en libertad para hacer vistas en las paredes que no sean medianeras." Los términos se aplicaban evidentemente á las paredes por construir como á las paredes ya construidas; y es igualmente claro que en este caso la servidumbre de vista estaba estipulada de una manera ilimitada. No había duda sino acerca de este punto: el propietario del predio dominante no había abierto más que dos ventanas; ¿al cabo de treinta años había perdido el derecho de abrir otras más? Más adelante volveremos á tratar este punto (2).

Núm. 2. Destino del padre de familia.

235. Cuando la servidumbre se establece por destino del padre de familia, se deja entender que este mismo destino debe consultarse para determinar la extensión de la servidumbre. El art. 692 dice que el destino equivale á título. ¿Debe inferirse de aquí que deba seguirse para el destino el mismo principio que para el título? Hay una diferencia; el título da á conocer la voluntad expresa de las partes, y esta voluntad hace ley, ellas pueden establecer la servidumbre en los términos los más absolutos; en este caso, el derecho será ilimitado. El destino, al contrario, reposa en la voluntad tácita de las partes; esta voluntad está necesariamente limitada al estado de las cosas que existen al separarse los predios, y este estado es el que debe mantenerse; síguese de aquí que la servidum-

1 Gante, 31 de Diciembre de 1868 ("Pasicrisia," 1869, 2, 107).

2 Caen, 1° de Marzo de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 775).

bre se restringe al uso al cual el padre de familia había destinado uno de los predios; si él ha establecido una ventana, ésta se conservará á título de servidumbre, pero no se podrá abrir una segunda, porque las partes no quieren mantener sino lo que existe. Esto es todo lo que puede inferirse de su silencio; yendo mcr allá, correríase el riesgo de excederse de la intención (1). Supuesto que el principio de interpretación difiere según que se trataba de destino ó de título, es poco jurídico invocar el destino cuando hay un título; ¿la voluntad tácita puede ilustrar al juez acerca de la voluntad expresa?

Núm. 3. De la posesión.

236. Hay servidumbres que se establecen por la posesión de treinta años. Siendo el título en el cual descansa la servidumbre, naturalmente ella es la que determina su extensión. La interpretación, en este caso, es esencialmente restrictiva, es el sentido del viejo proverbio: “tantum træscreditum quantum possessum.” No es dudoso que si yo he poseído dos ventanas, no puedo abrir una tercera. ¿Pero ese derecho que yo he adquirido por prescripción se limita al mantenimiento de las dos ventanas? ¿ó he adquirido un derecho de vista? ¿y esta servidumbre implica el gravamen para el propietario del predio de no elevar construcciones que perjudiquen mi derecho? Nosotros hemos examinado esta cuestiún en párrafo anterior. Aun admitiendo la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa, quedan algunas dificultades en la aplicación del principio.

Se abre una ventana en una pared que se halla á una distancia menor que la legal de 19 decímetros del predio vecino. ¿Resulta de esto una servidumbre de vista? Sí, suponiendo que sea una ventana de aspecto, como lo dice

1 Demante, “Curso analítico,” t. 2º, núm. 553, p. 649).

el art. 678. En efecto, el propietario no tenía derecho para practicar esa ventana, si lo hace, la ventana estará establecida no á título de propiedad, sino á título de servidumbre, ¿cuál será la extensión de esta servidumbre? Acabamos de ver que es una servidumbre de vista, que implica la de no edificar. ¿Será lo mismo si la ventana da hacia la pared de cerramiento de la heredad vecina? La cuestión es controvertida. Difícil es negar que haya una servidumbre, porque el art. 678 dice formalmente que no pueden tener vistas derechas ó ventanas de aspecto hacia la heredad *cercada* ó no *cercada* del vecino, si no hay 19 decímetros de distancia entre la pared en donde se practican y dicha heredad. Luego la ventana, aun cuando dé hacia una pared de cerramiento, es una servidumbre. Esta es la opinión que nosotros hemos enseñado (núm. 44). Pero ella no da la solución de otra dificultad. Si durante treinta años la ventana ha caído hacia una pared de cerramiento, no puede decirse que el propietario de la casa haya disfrutado de un derecho de vista sobre la pared de su vecino; él ha tenido un derecho de vista sobre una pared de cerramiento, y él no ha prescrito sino lo que ha poseído, ese mismo derecho de vista restringido. Luego él no podrá, después de treinta años, reclamar una vista más extensa y oponerse á que el propietario del predio sirviente eleve la pared, bien entendido si la elevación no vuelve más violento el ejercicio de la servidumbre restringida que pertenece al propietario del predio dominante. La corte de casación así lo ha decidido. Ella dice muy bien, que el propietario de la casa no ha poseído más que una "ventana obstruida" por la pared del vecino; luego no ha prescrito más que una "ventana obstruida." Sigue-se de aquí que no puede resultar para el vecino el gravamen de no edificar, ó de no elevar la pared de cerramiento.

tó de una vista recta ó de aspecto que no existía en el caso de que se trata. Quedamos, pues, dentro del derecho común; el propietario de la casa conservará las ventanas que ha abierto, y el vecino no podrá hacer nada que pueda disminuir el uso de ese derecho (art. 701) (1)

237. La posesión sirve también para explicar la extensión de la servidumbre constituida por título, aun cuando la servidumbre fuese discontinua. En este caso, la posesión se invoca, no para fundar en ella la posesión, sino para determinar la extensión, que ella debe tener. Esta extensión depende de la voluntad de las partes; y la ejecución que ellas den á sus convenios es la más segura interpretación de lo que ellas han querido (2). Los hechos de posesión pueden establecerse por medio de la prueba testimonial aun cuando la servidumbre sea discontinua, porque la posesión no se invoca para constituir la servidumbre; existe un título, y se trata únicamente de saber de qué manera lo han interpretado las partes al ejercer la servidumbre y al sufrir este ejercicio (3).

Distinta es la cuestión de saber si la posesión puede excederse del título, dando al propietario del predio dominante derechos que el título no le otorgaba. Déjase entender que si se trata de una servidumbre discontinua que no puede adquirirse por la posesión, ésta nada puede añadir al título. Si la servidumbre es continua y aparente, la posesión puede dar extensión al título. En efecto, sin ningún título, la servidumbre puede adquirirse por la prescripción, luego el título no puede poner obstáculos á la adquisición

1 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Febrero de 1867 (Da. Hoz, 1867, 1, 257).

2 Gante, 8 de Marzo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 244).

3 Sentencia de la corte de casación de Bruselas, de 25 de Enero de 1836 (*"Pasicrisia,"* 1836, 1, 178). Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Francia, de 29 de Febrero de 1832 (Da. Hoz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 1114.) Bruselas, 4 de Diciembre de 1862 (*"Pasicrisia,"* 1863, 2, 118), y núm. 226 de este tomo.

de un derecho nuevo. Aquél á quien su título da el derecho de practicar dos ventanas, abre tres, y las posee durante treinta años. ¿Habría adquirido por la prescripción el derecho de tener tres ventanas? La afirmativa no es dudosa. A veces se objeta que no se puede prescribir contra el propio título. El art. 2240 lo dice, pero también explica cómo debe extenderse esta regla: "en el sentido, dice la ley, que uno no puede cambiarse á sí mismo la causa y el principio de su posesión." Combinando el art. 2240 con los que preceden, se ve que se trata de una posesión precaria que no puede servir para la prescripción; ella puede trastrocarse, pero el poseedor solo no puede trastrocarla. La máxima que prohíbe que se prescriba contra el propio título, es, pues, enteramente extraña á nuestra cuestión. El que posee durante treinta años tres ventanas podría prescribir dichas ventanas sin título ninguno, y con mayor razón puede prescribir la tercera; él no prescribe contra su título, sino que prescribe más allá de su título (1).

238. La aplicación del principio no carece de dificultades. Una toma de agua que se anuncia por medio de obras exteriores es una servidumbre continua y aparente: luego puede adquirirse y extenderse por la prescripción. ¿Pero qué es lo que se necesita para que haya prescripción? La posesión á título de servidumbre. ¿Quién debe ejercer los hechos invocados en éste título? El propietario de la heredad dominante. En un caso juzgado por la corte de casación de Bélgica, el propietario del predio dominante pretendía que el propietario del sirviente, habiendo constantemente limpiado el canal los domingos y días festivos, había adquirido por prescripción el derecho de exigir que la limpia se hiciese aquellos días. El juez de paz rechazó tales pretensiones; admitidas á apelación por el tribunal,

1 Pardessus, t. 2º, p. 114, núm. 286. Aubry y Rau, t. 3º, p. 95 y nota 25.

de nuevo fueron desechadas por la corte de casación. El juez de paz había fallado bien. Al limpiar el canal los domingos, el propietario del canal, que al mismo tiempo era propietario de un molino, procedía en virtud de su derecho de propiedad; por lo que de ello no podía resultar ningún derecho á favor del predio dominante. No había ningún hecho de posesión á título de servidumbre: lo que decidía el debate (1).

Aun cuando la posesión se ejerza por el propietario de la heredad dominante, es decir, á título de servidumbre, se presentan nuevas dificultades. Yo tengo el derecho de tener agua diariamente de seis de la mañana hasta el medio día, yo pruebo que casi siempre la compuerta permanece levantada hasta las tres, ¿había yo adquirido por prescripción el derecho de tener agua hasta dicha hora? En tales términos planteó la cuestión un jurisconsulto, cuya pérdida prematura deplora la Bélgica. Dupret contesta que en derecho no hay duda alguna; claro es que yo puedo adquirir una extensión de la servidumbre de toma de agua, puesto que la servidumbre misma, con toda la extensión que yo reclamo, habría podido establecerse por la fuerza sola de la posesión. Luego la dificultad es una dificultad de hecho. Hay que probar que la posesión tiene los caracteres requeridos por la ley, y principalmente debe ser continua. ¿Quiere decir esto que se necesite siempre, sin excepción ninguna y durante treinta años, que la toma de agua tenga lugar de una manera inintermitente hasta las tres de la tarde? La continuidad en esta materia no es la uniformidad. Algunas reparaciones que se tienen que hacer en la fábrica, una disminución transitoria de clientela pueden suspender ó disminuir la toma de agua. El

1 Sentencia de casación de 25 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 334).

juez no se detendrá en estas pasajeras desviaciones, y decidirá conforme á los hechos regulares y normales (1).

§. III.—DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA
HEREDAD DOMINANTE.

Núm. 1. De los trabajos necesarios á la servidumbre.

239. El art. 697 asienta que aquél á quien se debe una servidumbre tiene el derecho de hacer todas las obras necesarias para usarla y conservarla. Inútil es que el título enumere las obras que el propietario del predio dominante está autorizado á hacer, porque su derecho está escrito en la ley, y ésta misma no hace más que consagrar una aplicación de una máxima de derecho natural, que el que quiere el fin quiere los medios. En este punto, las enunciaciones no pueden nunca considerarse como restrictivas; sería absurdo negar al que tiene derecho á una servidumbre los medios necesarios para ejercitarla. El caso se ha presentado ante la corte de Lieja. El Estado había comprado una servidumbre de acueducto para llevar el agua del Vesdre á la estación del ferrocarril de Verviers. En la escritura se expresaba que el Estado estaba autorizado para abrir en el predio sirviente una zanja á fin de establecer tubos destinados para llevar el agua. Comenzóse por colocar unos de fierro, siendo éstos insuficientes el Estado construyó un canal de mampostería. Hubo oposición por parte del propietario del predio sirviente, el cual invoca el título constitutivo de la servidumbre. En una sabia requisitoria, el procurador de justicia, Raikem, discutió todas las leyes romanas que tenían relación con la cuestión. Nosotros respetamos profundamente á nuestros maestros los juris-

1 Dupret, "De las modificaciones de la servidumbre por la prescripción" ("Revista de derecho francés y extranjero," 1846, t. 3°, ps. 819-821.

consultos de Roma; pero nos parece inútil recurrir á sus decisiones cuando ellas no hacen más que embarazar la discusión con controversias sobre los textos del Digesto, siendo así que los más elementales principios son suficientes para resolver la cuestión. En el presente caso ni siquiera había dificultad: el texto es formal, y el espíritu de la ley es todavía más evidente. ¿Se concibe que el propietario del predio sirviente se presente y diga al propietario del dominante: yo te he vendido una servidumbre de acueducto mediante unos tubos, los cuales no te bastan; esto poco me importa, y me opongo á la construcción del canal necesario para el ejercicio de la servidumbre, por más que este canal en nada me perjudique? El sentido común basta para rechazar semejante pretensión (1).

240. ¿Aquél á quien la servidumbre se debe puede ejecutar las obras necesarias en el predio sirviente? La ley no lo expresa, pero no podría haber duda alguna. Déjase entender que el propietario puede ejecutar en su propio predio todos los trabajos que pueden serle útiles, con tal que no agrave la condición del predio sirviente. Así, pues, cuando la ley lo autoriza para que ejecute las obras necesarias, deben entenderse los trabajos que han de ejecutarse en el predio sometido. En este punto, hay una restricción á los derechos del propietario dominante, la cual resulta del texto y de los principios. La ley dice: las obras necesarias para “usar” la servidumbre y para “conservarla.” ¿Qué trabajos son los necesarios? Esta es una cuestión de hecho que el primer arquitecto que se presente resolverá mejor de lo que lo han hecho los juriscultos romanos á los cuales se recurre por tradición. El propietario del predio dominante puede también ejecutar los trabajos necesarios para la conservación de su derecho, es decir los trabajos destinados á mantener las cosas en el

1 Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Basiscrisi a*, 1852, 2, 320).

estado en que deben estar para el uso de la servidumbre. Esta es aun una cuestión de hecho.

241. ¿Quién reporta el costo de estas obras? Según los términos del art. 698, los trabajos son á costa de aquél á quien se debe la servidumbre, y no á cargo del propietario del predio sometido. ¿Qué razón hay para esto? Toullier contesta que el propietario del predio dominante debe reportar los gastos, porque éstos se hacen para utilidad suya. La razón no es decisiva. ¿No podría decirse que el que vende una servidumbre de acueducto debe entregar al adquirente un acueducto? Hay que buscar el verdadero motivo en la naturaleza de la servidumbre, derecho real, que, como Toullier agrega, no obliga al propietario del predio sirviente á hacer; está únicamente obligado á sufrir que el propietario de la heredad ejecute las obras necesarias. Bajo el punto de vista práctico, esto importa muy poco, porque las servidumbres se establecen comunemente á título oneroso, por lo que se fijará el precio según los trabajos que queden á cargo del propietario dominante.

242. El art. 698 agrega que el título de establecimiento de la servidumbre puede poner los gastos de las obras á cargo del propietario del predio sometido. Déjase entender que los propietarios pueden contraer la obligación personal que gusten con motivo del establecimiento de la servidumbre. ¿Pero esta obligación puede también estipularse á título de cargo real? En este punto, los autores del código civil se han apartado del derecho romano. Después de largas controversias, se había aceptado que en la servidumbre, *onerio ferendi*, que constriñe al propietario del predio sirviente á soportar construcciones apoyadas contra su pared ó contra su edificio, estaba también obligado, y á título de cargo real, á hacer las reparaciones necesarias en la pared ó en el edificio sometido. No

es el hombre el deudor, decían los jurisconsultos, sino el predio, para marcar que esta obligación tomaba el carácter de un derecho real. Era ésta una excepción que existía de pleno derecho, y en razón de la naturaleza particular de la servidumbre *onerio ferendi*, parecía natural que la pared que soportaba la casa del vecino fuese reparada por el propietario de la casa más bien que por el propietario del predio dominante. El código generaliza la excepción; no porque de derecho pleno y sin estipulación el propietario del predio sometido deba reportar los gastos de las obras necesarias para el uso de la servidumbre; el artículo 698 asienta la regla contraria, pero permite que las partes interesadas la deroguen.

Luego hay una doble derogación del derecho romano. La excepción concerniente á la servidumbre *oneris ferendi* ya no existe: ésta es la opinión general, con excepción del disentimiento de Durantón; basta leer el art. 698 para convencerse de que el respeto exagerado hacia el derecho romano ha hecho que Durantón caiga en un error. En cambio depende de las partes estipular, en toda especie de servidumbre, que el propietario del predio sometido esté obligado á hacer á su costa las obras necesarias para el uso ó la conservación de la servidumbre (1).

243. ¿Cuál es la naturaleza de esta estipulación? La ley presume que la carga es real, porque decide que aquél á quien el título la impone puede siempre librarse de ella abandonando el predio sometido al propietario de la heredad dominante. ¿Quiere decir esto que la carga sea necesariamente real? Ciertamente que nó, porque si como tal se considera es por derogación del derecho común. El predio solo es el obligado en materia de servidumbres, y un

1 Toullier, t. 2º, p. 306, núm. 665. Demante, t. 2º, p. 650, número 555 bis, 1º Demolombe, t. 12, p. 398, núms. 873 y siguientes. Sentencia de denegada apelación de 16 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 120). Compárese Durantón, t. 5º, p. 529, núm. 503.

predio no puede estar obligado á hacer; pero como la obligación de ejecutar las obras es aun accesoria de la servidumbre, el legislador le atribuye el mismo carácter de realidad. Puesto que tal es la interpretación que la ley da al convenio, habría necesidad de una manifestación de voluntad en sentido contrario para que el gravamen fuese personal al que debe soportarlo.

Este es, pues, el sistema del código civil. Por derecho común las obras necesarias para el uso de la servidumbre deben ser ejecutadas por el propietario del predio dominante y á sus expensas. Por excepción, los trabajos son á cargo de la heredad sometida; se necesita, como para toda excepción, una estipulación expresa; el art. 698 dice: "á menos que el título de establecimiento de la servidumbre diga lo contrario" (1). Cuando la excepción está escrita en el contrato, de ello resulta una carga real, salvo nuevamente estipulación contraria.

Esto supone que no existe ninguna falta por parte de las dos propietarios. Si la hay se vuelve á entrar al dominio de los principios generales. Cuando hayan venido á ser necesarios ciertos trabajos de reparación por culpa del propietario de la heredad sirviente, él deberá ejecutarlos á sus expensas, aun cuando el título no pusiera á su cargo las obras. Y si la culpa es del propietario de la heredad dominante que ha necesitado los trabajos, él deberá hacerlos á sus expensas, aun cuando el título hiciere pesar sobre el propietario del predio sirviente todas las obras necesarias para el uso de la servidumbre (2).

244. Si se presume que la carga es real, deben aplicarse los principios que rigen los derechos reales. Esta es una

1 Demante, t. 2º, p. 650, núm. 555 *bis*, 1º. Sentencia de denegada apelación de 7 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 33) Compárese Demolombe, t. 12, p. 399, núm. 875).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 31 y nota 12, y las autoridades que citan-

modalidad de la servidumbre; dice una sentencia de la corte de casación que, como la servidumbre misma, grava á perpetuidad el predio sometido, y le sigue en cualesquiera mano adonde pase (1). La corte de casación ha consagrado otra consecuencia del mismo principio en un negocio muy interesante. Se estipula en una partición una servidumbre de toma de agua, y los trabajos se ponen á expensas del segundo lote. El co-partícipe, propietario del predio dominante, registra por el privilegio que le pertenece en virtud del art. 2103, núm. 3, por el capítulo de retorno del lote. De aquí la cuestión de saber si la carga impuesta al segundo lote era un crédito privilegiado. El privilegio no se ha establecido sino para garantizar la ejecución de las obligaciones personales que la partición impone á los co-partícipes. Es extraño á las cargas reales que gravan el predio y que nada tienen de común con la solvencia del detentor de la heredad. Claro es que para la servidumbre, aunque creada por la escritura de partición, no había lugar á privilegio, porque toda garantía era inútil, supuesto que la servidumbre grava al predio y lo sigue adonde quiera que pase. Pero el gravamen de los gastos suscita una cuestión de solvencia, pudiendo ser que el co-partícipe ó el adquirente se vuelvan insolventes. El tribunal de primera instancia mantuvo el registro, la corte de Lyon lo anuló, y su sentencia fué aprobada por la corte de casación (2). Hay alguna duda. La carga es real, dice la sentencia, y no podría confundirse con las obligaciones ordinarias que nacen de una partición y que son puramente personales. Cierto es que la carga es real, pero también lo es que la realidad de una obligación que es personal por

1 Sentencia de casación, de 3 de Abril de 1865 (Daloz, 1865, 1, 391). Todos los autores están de acuerdo; véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 91 y nota 11.

2 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Marzo de 1859, (Daloz, 1859, 1, 157).

naturaleza no es más que una ficción; porque no es el predio el que hace y paga, sino la persona. Ahora bien, ¿no es de la esencia de toda ficción el restringirse á los límites para los cuales la ley la establece? La carga es real en el concepto de que va en pos del predio, y que el tercer de-
tentor puede librarse de ella abandonando el predio. ¿Qué tiene esto de común con las obligaciones existentes entre co-partícipes? Si el lote gravado con la carga toca en suerte á un heredero insolvente, el lote en cuyo provecho se establece la carga, perderá; por lo mismo debe haber privilegio.

245. El art. 699 consagra una consecuencia de la realidad de la carga; permite al propietario del predio sometido que se libre de ella abandonando el *predio sometido* al propietario de la heredad al cual se debe la servidumbre. ¿Qué debe entenderse por *predio sometido*? Hay casos en que la cuestión no permite duda alguna, pero también ella casi no se presenta en esta hipótesis. Una servidumbre de pasto grava todo el predio sirviente; una servidumbre de paso está limitada á la parte del predio por la cual se pasa, en el sentido de que el resto del predio está libre; en el primer caso, todo el predio sirviente deberá abandonarse; en el segundo la parte del predio que está únicamente sometida, luego también todo el predio sirviente. ¿Pero qué es lo que se decidirá si una servidumbre de paso se establece sin limitación en un predio? ¿Todo el predio queda sujeto y todo él debe abandonarse si el propietario quiere hacer uso de la facultad que le otorga el art. 699? La cuestión es debatida; no se cita ninguna sentencia, por lo que la cuestión es de doctrina y la práctica no la conoce. No vacilamos en decidir que todo el predio sirviente deberá abandonarse. El texto es formal; exige el abandono del predio *sometido*, y ¿acaso no es de principio elemental que todo el *predio sirviente* está *sometido*? En vano se

dice que las partes, por una convención expresa ó tácita, restringen el ejercicio de la servidumbre á una parte del predio; esto no impide que el predio todo quede gravado con la servidumbre. Se invoca la equidad, y se dice que el derecho de abandono será un derecho de darlas si se obliga al propietario de un predio que vale mil francos á abandonarlo íntegramente para desembarazarse de los gastos que no suban á quinientos francos. ¡Y quién querrá obligar al propietario á tamaña locura! A él incumbe ver cuál es su interés. El se ha sometido á una carga, pues que cumpla con ella. Y si quiere librarse, que se someta á las condiciones prescritas por la ley (1).

246. ¿Cuál es el efecto del abandono autorizado por el art. 699? La ley lo dice, es para librarse de la carga de hacer las obras necesarias para el uso de la servidumbre por lo que el propietario del predio sometido lo abandona al propietario del predio al cual se debe la servidumbre. El efecto del abandono será, pues, que el propietario quede libre de dicha carga. Y lo será por el pasado tanto como por el porvenir. Demolombe hace una singular objeción. El dueño del predio sometido, dice él, estaba obligado á la carga como propietario; es así que no cesa de ser propietaria sino desde el abandono, luego deberá reportar los gastos por todo el tiempo que era propietario. Nó, él no debe pagar los gastos en su calidad de propietario; porque como tal, al contrario no los debe. El no está obligado sino en virtud de un compromiso que ha contraído, compromiso que la ley le permite romper por el abandono del predio sometido; una vez libre, cesa de estar obligado (2).

1 Pardessus, t. 2^o, p. 204, núm. 316. Demolombe, t. 12, p. 404, número 882. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3^o, p. 10 y nota 10, y las autoridades que citan.

2 Aubry y Rau, t. 3^o, p. 90, nota 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 407, núm. 883.

¿Cuál es el efecto del abandono en cuanto á la propiedad? Se enseña que es translativo de propiedad, de donde se infiere que el acto de abandono está sometido al registro. Se agrega que el abandono no debe ser aceptado por el propietario del predio dominante (1). Nos parece que hay en esto una especie de contradicción. No se verifica ningún acto de translación sin un concurso de voluntades: ¿puede uno llegar á ser propietario á su pesar? Sin duda que, para hacer el abandono, el propietario del predio sometido no necesita el consentimiento del propietario de la heredad dominante, él debe su derecho á la ley. Pero todo lo que resulta de este abandono es que el propietario que lo ha hecho cesa de ser propietario; en cuanto al dueño del predio dominante, no se hará propietario sino por la aceptación del abandono. Únicamente hasta entonces será cuando tenga lugar la translación de propiedad y por consiguiente, la necesidad de registrar. Aquí puede aplicarse por analogía lo que en otro lugar de esta obra hemos dicho acerca del abandono de la medianería (t. VII, número 550).

247. ¿Se puede renunciar al derecho de abandono consagrado por el art. 699? La cuestión es debatida. No vacilamos en decir, con Pardessus, que sería válida la renuncia. Es de principio que cada cual puede renunciar á los derechos establecidos á su favor, á menos que haya un motivo de orden público que á ello se oponga. Ahora bien, en el caso se trata de derechos y obligaciones de puro interés privado, y el orden público para nada entra en la cuestión. Se objeta que la renuncia transformaría en un servicio impuesto á la persona una obligación que la ley no acepta sino á título de carga real. Hay en esta objeción una singular confusión de ideas. En principio la obligación de reportar los gastos de las obras necesarias para

1 Demolombe, t. 12, p. 403, núms. 484 y 485.

el uso de la servidumbre, es personal, es un derecho de crédito; la ley permite y hasta presume que la carga se vuelve real si el propietario del predio sometido se sujeta á ella, pero en verdad que no prohíbe que se conserve á esta obligación su índole de personalidad (1).

Núm. 2. De las servidumbres accesorias.

248. El art. 696 dice: "Cuando se establece una servidumbre, se presume que se concede todo lo que es necesario para usarla. Por ejemplo, la servidumbre de toma de agua en la fuente de otro, implica necesariamente el derecho de paso." Esta disposición, así como la del artículo 697, es una aplicación del principio de que el que quiere el fin, quiere los medios, principio fundado en la lógica y en la intención de las partes interesadas. La regla del art. 696 es general, y se aplica no sólo á las servidumbres convencionales, sino también á las que se establecen por destino del padre de familia ó por prescripción, salvo el tener en cuenta las reglas de interpretación concernientes al título, al destino y á la posesión. Resulta del artículo 696 que hay servidumbres á las cuales el dueño del predio dominante tiene derecho á título de accesión, pero él no puede reclamarlas sino por éste título. Por ejemplo, el que tiene derecho de tomar agua de la fuente de otro puede pasar por el predio sirviente para tomar el agua, pero no tiene el derecho de paso fuera de la servidumbre de toma de agua. Así, pues, las servidumbres accesorias no existen sino como derechos accesorios y con la condición de la necesidad. Como la servidumbre accesoria no es debida por sí misma, no se la puede reclamar, si no es indispensable para usar de la servidumbre principal.

1 Pardessus, t. 1º, p. 160, núm. 69. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 403, núm. 881; Aubry y Rau, t. 3º, p. 90 y nota 8.

249. Tal es el principio. La aplicación ha dado lugar á numerosas dificultades. ¿El derecho de voladizo con canales da el derecho de pasar por el predio del vecino para ejecutar las reparaciones necesarias? Esta es una cuestión de hecho más que de derecho. ¿El derecho de paso es necesario para usar la servidumbre de derrame? Esta servidumbre se ejerce, á la verdad, por sí misma, pero no se conserva si no es que el techo y las canales se mantienen en buen estado de reparación. Luego en este caso debe mejor aplicarse el art. 697 que el 696; pero poco importa, puesto que las dos disposiciones se relacionan y son la aplicación del mismo principio. El caso se ha presentado ante la corte de casación de Bélgica. Ella falló que siendo la necesidad del paso una cuestión de hecho, correspondía decidirla al juez del fondo del negocio. La sentencia atacada comprobaba que para hacer *convenientemente* las reparaciones que el uso de la servidumbre requería, había que pasar por el predio sirviente. Faltábales precisión á estos términos, porque pueden tomarse en el sentido de *cómodamente*; y la comodidad no es suficiente, se requiere la necesidad. La corte de casación interpretó la sentencia de la corte de Gante en este sentido, por lo que ya no había duda acerca de la servidumbre accesoria de paso (1).

250. ¿La servidumbre de acueducto implica necesariamente la de paso? Esta servidumbre es también continua, por lo que se ejerce por sí misma. Síguese de aquí que no puede decirse que necesariamente comprenda el derecho de pasar por el predio del vecino. Esta es igualmente una cuestión de hecho. En un caso que se presentó á la corte de casación, el propietario del predio sirviente no disputaba al propietario del predio dominante el derecho de cuidar del buen estado del canal y de palpar los obstáculos

1. Sentencia de denegada apelación de 18 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 1, 67).

los que el curso del agua encontraba; lo que daba lugar accidentalmente á un derecho de paso. La corte de Colmar juzgó que no podía irse más lejos sin crear una nueva servidumbre. Su sentencia fue mantenida por la corte de casación (1).

Si las aguas se transmiten á la heredad dominante por un canal que tenga que limpiarse, como la limpia es un cargo á la vez que un derecho para el dueño de esa heredad, debe tener la facultad de pasar por el predio sirviente para hacer la limpia y depositar momentaneamente las tierras lavadizas á orillas del canal (2). Pero se ha fallado que la servidumbre de toma de agua no comprende necesariamente el derecho de paso. La sentencia dice que la toma de agua da ciertamente el derecho de vigilar su curso para oponerse á todo cambio que restringiese su goce, pero que no implica, como accesorio necesario, el derecho de pasar por la propiedad de otro, si el propietario del predio dominante puede comprobar de otra manera que toda el agua á que tiene derecho debe llegar á su heredad. Ahora bien, en el caso presente, el propietario del predio sirviente ofrecía construir á sus expensas un canal que llevara el agua al predio dominante; y aun ofrecía un sendero por un prado para llegar á la embocadura del canal, lo que hacía inútil el paso por toda la orilla del agua; pudiendo el propietario á toda hora vigilar los dos extremos del canal (3).

En otro caso, la corte de casación rehusó el derecho de paso al propietario del predio dominante. El canal de irrigación estaba afecto al uso de tres predios que atravesaba. Cada propietario ribereño debía conservar en buen estado y limpiar la parte de canal que estaba en su domi-

1 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 18 de Julio de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 978).

2 Colmar, 26 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 174).

3 Rion, 24 de Enero de 1856 (Daloz, 1857, 2, 31).

nio, con la obligación de no hacer daño á los co-ribereños. Así, pues, éstos no podían reclamar un paso para proceder á la limpia que no tenían ni el derecho ni la obligación de hacer; ellos podían únicamente demandar al ribereño que descuidaba la conservación y la limpia, y en caso necesario, hacerse autorizar judicialmente para proceder ellos mismos á la operación; sólo en esta última hipótesis había lugar á un derecho de paso (1).

251. ¿La servidumbre de vista implica la de no edificar? Esta cuestión ha dado lugar á muchos debates (2). Desde luego hay que distinguir si la servidumbre se establece por título, por destino del padre de familia ó por prescripción. Si hay un título y éste no habla de la extensión de la servidumbre, es imposible poner en duda que el derecho de vista implique el cargo para el vecino de no obstruir la vista con construcciones. ¿Qué cosa es, en efecto, la servidumbre de vista? Es el derecho de tener ventana de aspecto hacia la heredad del vecino; las ventanas procuran en primer lugar el aire y la luz, y dan también el derecho de ver hacia el predio sometido; ésta precisamente es la diferencia entre la servidumbre de "vista y la servidumbre de luces." Pues bien, los derechos que se derivan de la servidumbre de vista no se podrían ejercer si el vecino pudiera obstruir las ventanas con sus construcciones. Luego debe decirse, con el artículo 696, que él que está sometido á una servidumbre de vista, se somete por eso mismo á no edificar de modo que impida el ejercicio de la servidumbre. ¿Pero cuál será la extensión de tal carga? Es claro que no implica una prohibición absoluta de edificar; ésta sería una servidumbre de perspectiva, y el título no establece más que una ser-

1 Sentencia de denegada apelación de 18 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854 I, 241).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 87 y nota 11, y las autoridades que citan.

vidumbre de vista. Como la servidumbre de no edificar se reclama como consecuencia ó accesorio, resulta que no existe sino en los límites de la necesidad, y esto es esencial en todas las servidumbres accesorias. ¿Cuáles son dichos límites? La jurisprudencia vacila. La mayor parte de las cortes aplican las disposiciones de los arts. 678 y 679. Ya nosotros hemos dicho que la jurisprudencia presta á estos artículos una extensión que no toleran ni el texto ni el espíritu de la ley, núm. 66.

El legislador determina en ellos las condiciones bajo las cuales un propietario puede practicar ventanas en virtud de su derecho de propiedad; á este efecto, fija la distancia que debe existir entre la pared en donde están practicadas las ventanas y el predio del vecino; para las vistas derechas la distancia debe ser de 19 decímetros (seis piés); para las oblicuas, de seis decímetros (dos piés). En nuestro caso, se trata de ventanas practicadas á título de servidumbre, es decir, á una distancia menor que la legal, y la cuestión está en saber á qué distancia el propietario del predio sirviente puede edificar. Esta cuestión es muy diversa de la que está resuelta por los arts. 678 y 679. Como la dificultad no está resuelta por la ley, debe consultarse la intención de las partes contrayentes, y puesto que hay un título, los hechos y circunstancias de la causa (1). En definitiva, ésta es una cuestión de hecho como todas las dificultades que se suscitan sobre las servidumbres que se reclaman á título de consecuencia ó de accesorio de una servidumbre principal.

252. Cuando la servidumbre de vista resulta de la prescripción, las dificultades son mucho mayores. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica hace que de aquí resulte una servidumbre de no edificar; nosotros hemos combatido esta doctrina (núm. 62), y lo que acabamos de de-

1 París, 29 de Enero de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 774).

cir de la servidumbre de vista establecida por título confirma, á lo que cremos, nuestra crítica. ¿Acaso la servidumbre de vista cambia de naturaleza según que se establece por prescripción ó por título? ¿no implica la prescripción la existencia de un título, sea un convenio antiguo que no se puede probar, sea un concurso de consentimiento tácito? Luego la causa es idéntica en realidad; ¿y cómo una sola y misma causa había de producir diferentes efectos? Así, pues, la servidumbre de vista adquirida por prescripción implica la servidumbre de no edificar dentro de ciertos límites. ¿Cuáles son estos límites? En este punto hay alguna dificultad. La servidumbre de no edificar no puede adquirirse por prescripción; ¿hay que aplicar, pues, el principio “*tantum præscriptum quantum possessum?*” es decir, ¿se mantendrán las cosas en el estado en que se hallaban al adquirirse la servidumbre? Se debe hacer á un lado absolutamente esta máxima: en efecto, no se trata de adquirir la servidumbre de no edificar, sino de saber si ella emana como una necesidad de la servidumbre que está adquirida, y poco importa que lo esté por título ó por prescripción. El art. 696 no distingue y por lo mismo hay que aplicar los principios que acabamos de exponer. La corte de casación cita los arts. 678 y 679; á nuestro juicio, estas disposiciones son extrañas á la cuestión. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núm. 66).

253. La servidumbre de vista puede también resultar del destino del padre de familia. ¿Implica ella la servidumbre de no edificar, al menos dentro de ciertos límites? El destino equivale á título, dice el art. 692. Existe un convenio tácito, y como tiene por objeto mantener las ventanas de aspecto, el propietario del predio sirviente no puede ciertamente obstruirlas con sus construcciones. ¿Hasta donde se extenderá esta prohibición de no edificar? La

corte de casación ha fallado que no había lugar á aplicar los arts. 678 y 679, supuesto que esto equivaldría á crear una nueva servidumbre, y una servidumbre que no puede establecerse por destino. Este motivo es muy poco jurídico. No se trata de crear una nueva servidumbre, sino de saber si debe admitirse á título de consecuencia ó de derecho accesorio: lo que se invoca és el art. 696 y no el 693. La corte de casación reconoce que el juez puede prescribir las medidas necesarias para el mantenimiento de la servidumbre de vista; y sin embargo, ella casó una sentencia de la corte de Lyon que había aplicado los artículos 678 y 679, fundándose en la intención de las partes interesadas (1).

Creemos también que estas disposiciones no son aplicables á las servidumbres accesorias. Pero hay que ser consecuente: la corte de casación las aplica cuando la servidumbre de vista se halla establecida por título ó por prescripción; ¿por qué rehusa aplicarlas cuando hay destino del padre de familia? En vano buscamos razones para estas diferencias. Cuando se adquiere la servidumbre por prescripción, podría decirse literalmente lo que la corte de casación dice en caso de destino, porque cuando hay la misma razón para decidir, la decisión debe ser idéntica. O deben aplicarse siempre los arts. 678 y 679 á las servidumbres accesorias, ó no deben aplicarse jamás. Este último parecer es el nuestro.

254. El código no define las diversas especies de servidumbres que pueden ejercerse por ventanas practicadas en una pared; allí mismo en donde habla de las *vistas* y de

1 Sentencia de casación de 1.º de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 353. Compárese Gante, 23 de Noviembre de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 21). Esta sentencia está conforme con nuestra opinión; ella decide que "la servidumbre de vista que resulta del destino del padre de familia, impera necesariamente la servidumbre "ne luminibus officiat," en tanto que al menos impide el vecino que obstruya las luces abiertas, con lo cual quedarán sin efecto."

las *luces*, su lenguaje no es muy exacto. Por esto hay alguna incertidumbre en la jurisprudencia. ¿Qué cosa es la servidumbre de prospecto? ¿en qué difiere de la servidumbre de vista y de la de no edificar, ó de no edificar sino hasta cierta altura? ¿y una de estas servidumbres implica la otra? Se lee en una sentencia que el derecho de extender la mirada á lo lejos sin que pueda estar limitada por ninguna plantación ó construcción, se llama por algunos derechos, de *prospecto*; otros, dice la sentencia, la definen por sus efectos, los cuales consisten, por acuerdo de todos, en impedir que el propietario del predio sirviente edifique á una cierta altura (1). Según esto habría que resolver que la servidumbre de no edificar más arriba comprende necesariamente la servidumbre de prospecto. Sin embargo, se ha fallado que el convenio por el cual un propietario se compromete á no elevar una pared de cerramiento más allá de ocho piés y á no construir sobre este alineamiento, no implica la servidumbre de prospecto (2), y esto nos parece evidente. En el caso de que se trataba, la servidumbre de no edificar ó de no hacerlo más arriba estaba limitada á una parte del predio sometido, mientras que el derecho de prospecto se ejerce tan lejos como las miradas alcanzan. Además, la servidumbre de prospecto implica la prohibición de plantar mientras que no puede inferirse esta prohibición de la servidumbre de no edificar. Es, pues, preciso atenerse á las estipulaciones de la escritura, porque las servidumbres de no construir ó de no construir sino á una altura determinada, así como el derecho de prospecto son servidumbres no aparentes (artículo 689) que no pueden adquirirse ni por prescripción ni

1 Pau, 12 de Diciembre de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, número 776 2º)

2 Sentencia de denegada de la sala de lo civil, de 12 de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 562).

por destino del padre de familia. Y no se puede admitirlas como servidumbres accesorias sino á título de necesidad, cuando son una consecuencia necesaria de otra servidumbre, lo que rara vez sucederá.

Una jurisprudencia constante decide que la servidumbre de vista no da la de prospecto; lo que resulta de la naturaleza misma de estas servidumbres, puesto que la primera está limitada, y la segunda es ilimitada (1). ¿La servidumbre de vista que implica dentro de ciertos límites, la de no edificar, impone también al propietario del predio sometido la carga de no plantar? Nó, por regla general. Como lo expresa una sentencia, la construcción de una casa, la elevación de una pared puede quitarnos la luz ó el aire volver nuestra habitación húmeda y malsana; mientras que la vista á un jardín de recreo es un placer que se renueva á cada instante (2). Sin embargo, si en lugar de un jardín de recreo, hubiere árboles corpulentos que ocultan la vista y detengan los rayos del sol ¿el vecino que ha estipulado la servidumbre de vista, ó la de no edificar, no tendría derecho á quejarse? Se ha fallado que cuando se han estipulado luces en provecho de una casa, el propietario tiene derecho á exigir no sólo que los sauces plantados por el vecino se reduzcan á la altura de los apoyos de las luces, sino que conviene suprimirlos porque aquel árbol crece con una rapidez y una abundancia de vegetación tales, que vendría á ser una ocasión incesante de pleitos entre los vecinos. El primer juez, dice la corte de Caen, ha obrado, pues, cuerdamente, al ordenar la supresión de los árboles (3). Sin duda que es prudente prevenir los pleitos, pe-

1 París, 20 de Mayo de 1836; denegación de 3 de Abril de 1817 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 776, 3^o y 1^o); Orleans, 24 de Diciembre de 1840 *ibid*, núm. 1018); Aix, 18 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1857, 2, 40).

2 Bourges, 26 de Mayo de 1828 (Daloz, "Servidumbre," 562.)

3 Caen, 20 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 4, 480).

ro ¿puede hacerse esto violando el derecho de propiedad? y en el caso de que se trata, ¿se podía impedir al propietario del predio sometido que plantase saucos, si no lesionaban el derecho de luces? En definitiva, nada hay de absoluto en las servidumbres que se deben á título de derecho accesorio, no es el límite que traza la ley al juez y que éste no puede sobrepasar: es preciso, dice el art. 696, que la servidumbre accesoría sea necesaria para usar de la servidumbre principal.

255. Las servidumbres accesorias tienen caracteres particulares. Ellas no son debidas sino á título de derecho accesorio. Síguese de aquí que si se extingue la servidumbre principal, la accesión se extingue igualmente; y esto no es más que la consecuencia del principio en el cual se basan estas servidumbres. En cambio, la servidumbre accesoría no puede extinguirse en tanto que subsista la principal (1). Se ha fallado que el que ha adquirido el derecho de explotar varias canteras pertenecientes á diversos propietarios no puede, después de la explotación primera, continuar sirviéndose para las demás, del camino que el propietario del suelo explotado le había autorizado que estableciera para las necesidades de la explotación (2). Antes hemos dicho que el derecho de toma de agua da el derecho de limpiar el canal por el cual se transmiten las aguas. La limpia no se ha hecho durante treinta años; ¿se extinguirá por esto el derecho? Subsistirá por todo el tiempo que no se extinga la servidumbre principal. Y en el caso de que se trata, la servidumbre principal se ejerce por sí misma por la corriente del agua; luego en tanto que corra el agua, se conservará el derecho de limpia (3).

1 Demolombe, t. 12, p. 356, núm. 831. Aubry y Rau, t. 3º, p. 89.

2 Burdeos, 23 de Mayo de 1835 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 989).

3 Colmar, 23 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 174).

Núm. 3. Prescripción de los derechos del propietario del predio dominante.

I. Restricción que resulta del objeto de la servidumbre.

256. La servidumbre, dicen los juriconsultos romanos, es una cualidad del predio para cuya utilidad se establece. Ahora bien, una cualidad no puede desprenderse del predio al que es inherente. De aquí la consecuencia de que la servidumbre no puede llevarse á otro predio, aun cuando pertenecieren al mismo propietario. Una escritura de partición atribuye á uno de los co-participes un derecho de servidumbre en un lugar existente en el predio de uno de sus co-herederos, con la obligación de contribuir á su conservación en buen estado. Se ha fallado que este derecho no puede ejercerse sino en provecho de los predios divididos, y solamente dentro de los límites del derecho tal como resulta de la obligación concerniente á las reparaciones (1). Tal es el rigor del derecho y de la lógica, pero no hay que exagerarlo. Lógicamente la cualidad de un predio no podría comunicarse á otro predio; pero ésta es una abstracción, y hay que desconfiar, en derecho, de los principios abstractos, porque el derecho es una realidad viva. La servidumbre puede muy bien dar al propietario del predio dominante un derecho comunicable, y si la comunicación puede hacerse sin alterar la servidumbre, sin hacer daño al predio sometido y sin aumentar los derechos de la heredad dominante, hay que dejar en su puesto á la lógica y decidir que el beneficio de la servidumbre podrá extenderse á otros predios. Yo tengo una toma de agua para la irrigación de mi heredad; el predio no absorbe enteramente el agua ¿qué haré con ella? ¿La lógica me obligará á guardar el agua en mi predio, á riesgo de volverlo pantanoso? Ciertamente que nó, el agua

1 Caen, 23 de Enero de 1849 (Daloz, 1851, 5, 490).

debe correr. Ahora bien, al correr por los predios inferiores, necesariamente les aprovechará; luego indirectamente la servidumbre procurará una ventaja á otros predios que el dominante (1). Sin embargo, de ello no resulta un derecho para estas heredades; no puede decirse que el predio sirviente esté sujeto con relación á ellas. Si la servidumbre del predio dominante llegara á extinguirse, los propietarios de las heredades que la aprovechaban nada tendrían que reclamar sobre el predio que ha cesado de estar sujeto: aquí el derecho recobra todo su imperio.

257. ¿Cuándo puede decirse que la servidumbre se extiende á otros predios? Es preciso que las heredades sean distintas. Pothier da este ejemplo. Yo he adquirido el derecho de sacar marga de tu predio para emplearla en el mio; yo no puedo sacarla para emplearla en otros predios, ni siquiera para terrenos adquiridos después de la constitución de la servidumbre que yo hubiese unido á la heredad dominante; esto sería aumentar la servidumbre activa y pasivamente. Otra cosa sucedería con terrenos acrecidos á mi heredad por aluvión; estos terrenos no forman más que uno solo y mismo predio con aquél al que se han unido imperceptible y sucesivamente (2).

Si el predio dominante está dividido en dos explotaciones, esto en nada cambia la servidumbre; no se puede decir que haya dos heredades, por más que pueda aumentar el servicio al cual está sujeto el predio sirviente. Esto ha sido fallado así para una servidumbre de pasto. Como lo dice muy bien la corte de casación, el predio dominante sigue siendo el mismo, y solo el cultivo es lo que en él se

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3º, p. 92, nota 14, y por Demolombe, t. 12, p. 671, núm. 841. Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, I, 294).

2 Pothier, "Introducción al título 3º de la costumbre de Orleans," núm. 4.

ha mejorado: y la constitución de una servidumbre hecha por interés de la agricultura no puede estorbar su progreso (1). Déjase entender que si el número de cabezas del ganado estuviese limitado por el título constitutivo de la servidumbre, el propietario del predio dominante no podría aumentar ese número; se aplicaría, en este caso, el principio que más adelante exponremos; habría restricción de los derechos de la heredad dominante en virtud del objeto de la servidumbre.

258. El principio que prohíbe al propietario del predio dominante que extienda la servidumbre á una heredad para la cual no se constituyó aquélla, se halla á veces en colisión con el derecho que resulta de la propiedad. Yo soy propietario de tres prados separados por cercas y acequias; una servidumbre de paso con vehículos existe en provecho de uno de aquellos prados sobre el predio vecino. Yo suprimo los cercados. Querrela el propietario de la heredad sirviente, que pide el restablecimiento del cercado, porque de lo contrario, dice él, sucederá irremisiblemente que el paso se ejercerá en provecho de los dos prados anexados al predio dominante. Esta pretensión ha sido rechazada por la corte de casación; el temor de un abuso no puede atentar al derecho de propiedad y á la libertad de las heredades, impidiendo al propietario del predio dominante que reuna terrenos limítrofes, y obligándolo á tenerlos separados por una cerca perpetua. Si hay abuso, el propietario del predio sirviente lo denunciará y la justicia lo reprimirá. En el caso de que se trata no había abuso, era evidente la buena fe del propietario de la heredad dominante, había llegado hasta á ofrecer que reduciría la anchura de la barrera de comunicación para hacer difícil la entrada de vehículos á los predios li-

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1197).

mítrofos. La corte declaró que tal oferta era superabundante, porque la servidumbre debida á un predio no puede alterar los derechos de su dueño (1).

259. Hay otra restricción que resulta del objeto de la servidumbre. Las cargas que gravan un predio para utilidad de otro varían infinidad de veces, luego una sola y misma servidumbre puede ser más ó menos extensa. Como la servidumbre es una restricción del derecho de propiedad, resulta que el derecho del propietario de la heredad sirviente permanece intacto en tanto que no lo restrinja la servidumbre. En este sentido, puede decirse con la corte de casación que las servidumbres son de derecho estricto, así como toda excepción es de estricta interpretación, y la servidumbre no es más que una excepción á la libertad de los predios. La aplicación de esta regla no carece de dificultades. Hay excepciones que pueden extenderse, también hay servidumbres que reciben una interpretación extensiva; nosotros hicimos ya esta observación al tratar de los diversos modos de constituir las servidumbres (números 225 y 227). Aquí necesitamos insistir sobre la extensión que recibe la servidumbre en razón del objeto para el cual se establece. Se trata, como dice el art. 637, de procurar una utilidad á la heredad dominante; luego la servidumbre tiene por objeto satisfacer una necesidad del predio al cual se debe; esta necesidad varía, nada tiene de absoluto, en el sentido de que depende de la voluntad de las partes interesadas limitar el uso de la servidumbre á una utilidad determinada; pueden también establecerla para todo género de ventajas que el predio dominante puede sacar de la servidumbre conforme á su naturaleza: en el primer caso se aplica rigurosamente el principio que rige la excepción en sus relaciones con la regla: en el se-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 388).

gundo caso, la excepción misma se convierte en regla y soporta, en consecuencia, una interpretación extensiva (1). La jurisprudencia es de este sentir, por más que las sentencias parezcan á veces contradictorias; la decisión debe diferir naturalmente según que la servidumbre es limitada ó ilimitada.

260. Una servidumbre de acueducto, es decir, de toma y conducción de agua, es adquirida por prescripción. Después de haber empleado el agua en la irrigación del predio, el propietario de la heredad dominante construye una fábrica á la cual aplica las aguas. Queja del propietario de la heredad sirviente. Se ha fallado que siendo el objeto de la servidumbre una toma de agua, sin limitación á un servicio especial, el propietario del predio podía hacer del agua el uso que mejor le pareciere. ¿Qué es lo que se ha prescrito? No el destino del agua, dice el consejero Mesnard en su informe, sino el derecho de tomar el agua en un punto de partida y llevarla á la heredad dominante; una vez allí ¿qué importa el uso que de ella se haga? Si en razón del nuevo destino del agua, fuera preciso aumentar su volumen y ensanchar el canal que la conduce, el propietario del predio sirviente tendría derecho á quejarse; pero en el caso de que se trata, se resolvió que el canal conservaría el ancho que tenía en la época en que la servidumbre de acueducto servía para un simple regadío (2).

La corte de Nancy ha dado una decisión enteramente contraria. Una servidumbre de toma de agua es adquirida por prescripción para la irrigación de un prado. Después empleáse el agua para el uso de una fábrica. La corte resolvió que una servidumbre que se basaba en la prescripción

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 92 y siguientes. Demolombe, t. 12, página 372, núm. 849.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Marzo de 1849 (Dalloz, 4849, 1, 75).

está limitada por esto mismo al destino que le ha dado la posesión; que emplear para el movimiento de una fábrica el agua destinada al regadío de un prado, equivaldría á extender un derecho restringido. En vano se dice que el volumen del agua empleada sigue siendo el mismo: porque, en primer lugar, para prevenir el abuso se necesita una vigilancia de todos los días; en segundo lugar, el destino nuevo del agua puede perjudicar al propietario del predio sirviente creando una concurrencia que le será dañosa (1). La corte de casación falló en el mismo sentido. En el caso que se debatía, se había adquirido por prescripción una servidumbre de toma de agua para hacer mover un molino de curtiduría; después se cambió en molino de aceite. Esto, dice la corte, era sobrepasar la posesión primitiva y el destino de origen (2).

Parecen contradictorias estas decisiones. En los diversos casos, se trataba de una servidumbre adquirida por prescripción. Unas veces se la interpreta restrictivamente, y otras se la da una interpretación extensiva. Se ha sostenido que la contradicción no era más que aparente que era preciso distinguir: la servidumbre de acueducto, dicese, es limitada por naturaleza, porque consiste en un volumen de agua transmitido á la heredad dominante para cualquier uso; mientras que la servidumbre de toma de agua tiene un objeto especial, va el regadío, sea una industria determinada (3). Esta distinción puede, es cierto resultar de la intención de las partes contrayentes; pero ciertamente que la prescripción no la implica, ni la naturaleza de la servidumbre, cuando el acueducto lleva agua á la heredad dominante, ¿no es para que se haga de ella un uso de-

1 Nancy, 9 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Servidumbre*, número 1161, 2º)

2 Sentencia de donogada apelación, de 15 de Enero de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1160).

3 Véase la nota del compilador (Daloz, 1849, 1, 75, nota).

terminado, sea irrigación, sea movimiento de una fábrica? ¿En qué consiste, pues, la diferencia entre el acueducto y la toma de agua?

A nuestro juicio, la servidumbre basada en la prescripción debería interpretarse siempre restrictivamente. Ella, por lo común, descansa en un consentimiento tácito del propietario contra el cual se prescribe; para interpretar el alcance de este consentimiento, hay que tener en cuenta la posesión; ésta es la que compromete al propietario á no oponerse al uso del agua. El se opondría si el uso pudiera serle perjudicial. El que siendo industrial permite una toma de agua ó un acueducto para la irrigación, no lo habría permitido si hubiese previsto que el agua iba á servir para un establecimiento rival. ¿No es elegada el caso de decir: "Tantum præscriptum quantum possessum?"

261. Cuando la servidumbre se establece por título y existe un escrito, deben ocultarse los términos de que las partes se han servido. La servidumbre, sea de acueducto, sea de toma de agua, se limitará en su aplicación, por el hecho solo de no haberse afectado á un destino especial, agrícola ó industrial; mientras que habría limitación si la servidumbre se hubiese establecido para la irrigación ó para una industria determinada. Se ha fallado que una toma de agua estipulada para la irrigación de una propiedad no puede emplearse para el establecimiento de una fábrica; la sentencia hace constar que este cambio en el destino del agua acarrearía una agravación de la servidumbre; y el art; 702 prohíbe que se agrave la condición del predio sometido (1). La decisión es justa, pero, realmente es

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 297. De la misma manera, una servidumbre de toma de agua establecida para un vivero no puede extenderse á la irrigación. (Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1868 en (Daloz, 1868, 1, 336).

cierto decir que se trata de una agravación de la servidumbre? A nosotros nos parece que ésta es menos una cuestión de perjuicio que una cuestión de derecho. Haciendo abstracción de todo perjuicio, tú no puedes hacer en mi predio lo que tu título no te autoriza para que hagas; es así que tú no tienes derecho de tomar agua para el movimiento de una fábrica; luego yo tengo derecho á proveerme, porque ejerces una servidumbre que no te es debida. Si, al contrario, el derecho al agua estuviese establecido en términos generales, no se podría restringir á un destino especial. Se ha fallado que el derecho de tomar agua de una fuente, sin restricción ninguna, se extiende á todas las necesidades del propietario, á las necesidades de orden deméstico como al regadío de las tierras (1).

Lo mismo sucedería con una servidumbre de paso. Una escritura de partición establece que el propietario del quinto lote tendrá un derecho de paso por un patio para el servicio de su porción de viñedo únicamente; el propietario del predio dominante establece allí una grande explotación agrícola con granjas, ganado numeroso, y pretende usar del paso para las nuevas necesidades de su heredad. Se rechazó tal pretensión, y con justicia, supuesto que la servidumbre estaba limitada (2). Un patio está gravado con un paso para dar acceso á un jardín; la corte de casación resolvió que la servidumbre no podía extenderse á una casa de habitación edificada por el propietario del predio dominante, siempre por la razón de que la servidumbre estaba restringida por su destino especial (3). Se ha fallado, al contrario, que una servidumbre de paso, constituida en términos generales por una escritura de

1 Lieja, 19 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 74).

2 Lyon, 27 de Junio de 1849 (*Dalloz*, 1850, 5, 427).

3 Sentencia de denegada apelación de la cámara civil, de 8 de Abril de 1868 (*Dalloz*, 1868, 1, 296).

partición, se extendía á los edificios levantados posteriormente al paso (1).

262. Las necesidades del predio dominante varían. ¿Qué época debe tomarse en consideración para determinar sus límites? Dumoulin dice que se deben apreciar las necesidades, teniendo en consideración el estado en que se hallaba el predio en el momento del establecimiento de la servidumbre (2). Hay que cuidarse de erigir este principio en regla absoluta, como Demolombe lo hace. El principio implica una servidumbre restringida á las necesidades del predio, lo que supone una servidumbre limitada, cuyo límite se trata de precisar. Ahora bien, muy bien puede suceder que se establezca una servidumbre para las necesidades actuales y futuras; en este caso, la cuestión ya no es de averiguar la medida de las necesidades en la época en que se constituyó. Hay que decir más: á menos que la servidumbre esté limitada á un uso particular, hay que interpretarla en un sentido extensivo más bien que restrictivo. En efecto, las necesidades actuales son las del propietario de la heredad dominante; ahora bien, la servidumbre se estipula, no en vista de la persona, sino en vista del predio, es decir, en vista de necesidades variables. Se ha fallado, en el sentido de nuestra opinión, que no había por qué considerar la profesión, los hábitos del que estipula la servidumbre, si por lo demás está establecida sin restricción. En una escritura de venta hecha por una abadesa, se lee: “Los compradores no podrán tomar ni practicar ningunas luces, ventanas, claraboyas, ni otras de cualquier género que sean, hacia las construcciones de la abadía; las lumbreras que manden practicar en los techos de sus casas no podrán hacerse sino por el lado de la nueva calle, de modo que las mencionadas construc-

1 Caen, 27 de Agosto de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1162, 4°).

2 Dumoulin, “De divid, et nido,” part. III, núm. 83. Compárese Demolombe, t. 12, p. 373, núm. 850.

ciones jamás puedan ser onerosas ni perjudiciales á la abadía." La abadía se vendió como bien nacional. De aquí la cuestión de saber si la servidumbre establecida en términos tan extensos lo había sido en vista de las monjas de la abadía. La corte de Metz decidió la cuestión negativamente. Habría algún motivo para dudar si se hubiese aplicado al principio de Dumoulin, tal como Demolombe lo interpreta. Pero tan generales eran los términos que era imposible considerar la servidumbre como limitada; por tanto, no era posible prevalerse de una regla de interpretación que supone una servidumbre limitada (1).

II. Restricción resultante de la libertad del predio sirviente.

263. El art. 702 dice: "El que tiene un derecho de servidumbre no puede usarlo sino según su título, sin poder hacer, ni en el predio que debe la servidumbre, ni en el predio al cual se deba ésta, ningún cambio que *agrave* la condición del primero." A veces se confunde el caso de *agravación* previsto por el art. 702 con la restricción que resulta del *objeto de la servidumbre*. Las dos hipótesis son diferentes y están regidas por principios diferentes. En la primera, se trata de saber si la servidumbre puede extenderse á predios para los cuales no se ha constituido, ó aplicarse á un uso para el cual no se ha establecido. Esta es una cuestión de derecho, en cuya resolución el juez no debe preocuparse del perjuicio que resulta de la extensión de la servidumbre; él no debe considerar más que el derecho del propietario de la heredad dominante. Mientras que el art. 702 supone que no hay duda alguna sobre la existencia de la servidumbre; el derecho del propietario de la servidumbre es constante; se trata del ejercicio del

1 Metz, 6 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 150).

derecho; ¿puede él hacer cambios en su predio ó en el predio sometido? La ley distingue. Si el cambio no agrava la posición del predio sometido, el propietario dominante puede hacerlo; y no puede hacer cualquier cambio, sea el que fuere, que sea propio para agravar la condición del predio sirviente. Así, pues, la agravación es una cuestión de perjuicio. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina no aplican el principio con rigor; se exige que el perjuicio sea sensible para que el propietario del predio sirviente pueda quejarse. Esto es de tradición; Dumoulin agregaba ya esta reserva, la cual se explica por la naturaleza de las servidumbres. Son calidades del predio dominante; ahora bien, los predios no son inmutables; el interés de los propietarios, de acuerdo con el interés público, quiere que el cultivo, que la explotación puedan modificarse, y todo cambio en el predio acarrea las más de las veces un cambio en la servidumbre. De aquí podrá resultar una agravación de la carga: si ella es tal que las partes debían esperarsela, entonces está prevista y consentida anticipadamente. En este sentido es como debe entenderse el principio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia (1). Así, pues, la cuestión de saber si hay agravación, es esencialmente una cuestión de hecho. Al juez corresponde apreciar el daño que resulta del cambio verificado por el propietario del predio dominante. Si él comprueba que el cambio no es propio para perjudicar al predio dominante, la decisión no puede ser reformada por la corte de casación (2).

264. Hay un caso muy frecuente en el cual los propietarios de los predios sometidos se quejan de los cambios operados en el predio dominante y de la agravación de la

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 90 y nota 18, y por Demolombe, t. 12, p. 375, núm. 852.

2 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 358), y de 15 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 339).

servidumbre resultante, y es cuando aumenta el número de los que usan la servidumbre. La ley prevee una hipótesis acerca de la cual insistiremos más adelante, y es la de la división de la heredad dominante á causa de herencia; la servidumbre, dice el art. 700, permanece debiéndose para cada porción, por más que el número de las personas que la usen aumente necesariamente; la ley no considera la servidumbre como agravada, si la servidumbre se ejerce siempre de la misma manera, si por ejemplo, el paso se ejerce por el mismo paraje. Esto prueba, que en la mente de la ley, no hay agravación sino cuando un gran número de personas ejercen la servidumbre. El edificio, á cuyo favor se ha establecido una servidumbre de paso, se agranda, toma mayor altura; en consecuencia, aumenta notablemente el número de los habitantes que usan del paso; se ha fallado que de esto no resultaba agravación de la servidumbre. Los que consintieron la servidumbre, dice la corte de Rouen, debieron preveer que los edificios habían de crecer (1), porque esta es una consecuencia necesaria del aumento de población. En general, la servidumbre no puede extenderse á predios nuevos, anexados al dominante; porque esto es más que una agración de servidumbre, es una servidumbre nueva que se cría. Sin embargo, la corte de casación ha fallado que si el juez del hecho ha decidido que el crecimiento del predio dominante, lejos de constituir una agravación de servidumbre disminuye la frecuencia del paso, el propietario del predio sirviente no tiene derecho á quejarse (2). Dudamos que esta decisión esté en armonía con el rigor de los principios; ella es muy equitativa, pero viola el derecho del predio sirviente gravándolo con una carga á la cual no

1 Rouen, 11 de Marzo de 1846 (Daloz, 1849, 2 93).

2 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1865 (Daloz, 1866, 1, 153).

estaba sometido por el título constitutivo; que haya ó no perjuicio, la servidumbre no puede ejercerse en provecho de un predio para el cual no se ha estipulado.

La cuestión se hace más difícil cuando cambia el destino de la casa. Esta era burguesa, y se transforma en café, un círculo social; ¿no se agrava la servidumbre de paso con este cambio? La corte de casación ha confirmado una sentencia que decide que hay agravación (1). En el caso al debate, había más que agravación por el número de personas que usaban el paso; había, además, extensión de la servidumbre á dos casas anexadas al predio dominante; en la opinión que acabamos de enseñar, el derecho del propietario de la heredad dominante estaba excelso, y por consiguiente, el propietario del predio sometido tenía el derecho de quejarse, haciendo abstracción de todo perjuicio. ¿Qué habría que resolver si hubiese simple cambio de destino? A nosotros nos parece que la agravación es incontestable. Yo consiento en un paso en provecho de una casa burguesa; debo esperar á que aumente el número de los habitantes ó á que se eleve el edificio. ¿Debo también esperar que la casa se vuelva café, casino, á que en ella se celebren bailes, á que día y noche se ejerza el paso con ruido y escándalo? Ciertamente que nó. Así es que no podemos aprobar una sentencia que ha juzgado que no había agravación de la servidumbre de paso en el hecho de construir un edificio en el predio dominante y establecer en él una casa de tolerancia. Los mismos hechos que la sentencia hace constar hablan en contra de la decisión de la corte; es dar á la servidumbre, dice la sentencia, una extensión bien desagradable, es causar un perjuicio notable al propietario del predio sujeto. ¿Por qué, á pesar de esto, la corte se ha pronunciado contra el

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 339).

propietario del predio sirviente? Porque el art. 702 exige cambios en el estado de los lugares (1). Esto es dar á la ley un sentido demasiado estrecho, á lo que creemos; desde el momento en que hay extensión de la servidumbre y perjuicio notable, hay violación del título, y haciendo abstracción del texto del art. 702, habría acción. En el caso á discusión, había, además, construcción de una casa. ¿No era esto un cambio en el estado de los lugares? Sin duda que deben tomarse en consideración los términos del título, y se puede admitir una interpretación extensiva fundada en la voluntad de las partes. ¿Se dirá que el que ha consentido un paso por un terreno no edificado, daba á entender que concedía un paso á los que frecuentan una de esas horribles guaridas que la tolerancia abre á la prostitución?

265. ¿Puede el propietario del predio dominante pedir que se cambie el paraje por donde se ejerce la servidumbre? Antes que todo debe verse á quien corresponde fijar ese paraje. Ya era controvertida la cuestión en el antiguo derecho. Dumoulin aplicaba á las servidumbres la regla de interpretación que se sigue en materia de convenios; en las dudas, se pronuncia en favor del deudor (art. 1162). Esta opinión está todavía sostenida bajo el imperio del código, y el art. 701 parece favorecerla permitiendo al propietario del predio sometido que pida se cambie el paraje por el cual la servidumbre puede ejercerse, mientras que no existe texto que dé este derecho al propietario del predio dominante. Nosotros creemos con Demolombe que en el silencio del título y si las partes están en desacuerdo, el juez puede resolver la contienda, y que al resolverla, podrá tener en cuenta la libertad del predio deudor de la servidumbre. Dar al propietario del predio sirviente la elección del paraje afectado al ejercicio de la

1 Agen, 4 de Julio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 95).

servidumbre, es agregar algo al título, y no interpretarlo. En cuanto á la ley, está muda. El art. 701 supone que el paraje se ha fijado y que se trata de cambiarlo. Luego cuando todavía no se ha fijado el paraje, no hay ni ley ni título, es decir, que se necesita el consentimiento de las partes y que, si ellas no están de acuerdo el juez resolverá (1).

Si se determina el paraje por el cual debe ejercerse la servidumbre ¿el propietario del predio dominante puede pedir que se cambie? Supónese que tal cambio no agrava la condición del predio sometido; el art. 702 y los principios se oponen á toda agravación. Si no se agrava la condición del predio sirviente por el cambio, los tribunales deberán otorgarlo, á lo que cremos, á pesar de rehusarse el propietario del predio sometido. La ley permite que se cambie el paraje á demanda de éste, art. 701; ahora bien ¿no debe ser igual la condición de las partes? ¿hay una razón para negar á una de ellas lo que se concede á la otra? Preválense del texto del art. 701; éste es el argumento invocado por la jurisprudencia. A nuestro juicio, tiene poco valor, el silencio de la ley es, en general, una mala razón para decidir. Hay un motivo más serio para dudar, y es que los tribunales no tienen poder para modificar los títulos, porque para esto se necesita el consentimiento de las partes ó un texto de ley. Nosotros contestamos que en materia de servidumbre, la ley se aparta de este principio. El art. 702 da al propietario del predio dominante el derecho de operar ciertos cambios que no agraven la condición de la heredad sometida; el art. 701 permite al propietario del predio sirviente que pida un cambio en el ejercicio de la servidumbre. Luego según el texto mismo del código, nada de inmutable hay en esta materia. El interés

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 365, número 843).

general, tanto como el de las partes, se opone á esta inmutabilidad. Y si se admite que el paraje por donde se ejerce la servidumbre puede cambiarse á demanda del propietario de la heredad sirviente, se debe por vía de analogía conceder el mismo derecho al propietario del predio dominante (1).

266. Supónese que el que tiene una servidumbre opera cambios que agravan la condición del predio sometido; ¿cuáles serán los derechos del propietario de este predio? Déjase entender que él puede pedir la destrucción de los trabajos, y en caso necesario daños y perjuicios. ¿Puede él también promover en lo posesorio? La afirmativa ha sido fallada en varias ocasiones por la corte de casación, y no es dudosa. Se emplea una servidumbre de acueducto en una fábrica para cuyo uso no se había establecido aquélla; esta innovación, dice la corte, constituye una agravación de servidumbre, y de ella resulta un transtorno en la posesión del propietario de la heredad sirviente que lo autoriza á proceder en lo posesorio (2). Hay que decir más, no es únicamente una agravación de servidumbre, sino una nueva servidumbre, luego una usurpación á la propiedad, la cual implica también un transtorno en la posesión. Pero si la servidumbre no se extiende á nuevos predios ó á un uso nuevo, si hay simple cambio en el ejercicio de la servidumbre, entonces se necesita ver si el cambio constituye una agravación; si no hay agravación, el propietario del predio sometido no puede promover ni en lo posesorio ni en lo petitorio. Se grava una propiedad con la servidumbre de derrame de las aguas de uso doméstico de una comuna; en lugar de dejar correr el agua al resumidero á cielo abierto, uno de los habitantes (tra-

1 Esta es la opinión de Valette (Mourlon, "Repeticiones," t. 1º, p. 817, 5º).

2 Sentencia de casación, de 10 de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 358).

tábase de un convento) las lleva por un canal subterráneo; ¿hay en este hecho una agravación de la servidumbre, y por consiguiente, un transtorno en la posesión? El juez del hecho dejó comprobado que el propietario del predio sirviente no experimentaba ningún perjuicio con tal innovación; luego no había agravación en el sentido legal, y por lo tanto no había acción (1).

§ IV.—OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL PROPIETARIO
DE LA HEREDAD SIRVIENTE.

Núm. 1. Obligaciones.

267. El propietario del predio sirviente está obligado á sufrir ó á no hacer, según que la servidumbre es afirmativa ó negativa (núm. 143). Según los términos del artículo 701, él no puede hacer nada que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó á volverla más molesta. La ley da una aplicación del principio agregando: “Así es que él no puede cambiar el estado de los sitios, ni transportar el ejercicio de la servidumbre á un paraje diferente de aquél que primitivamente se le señaló.” ¿Acaso todo cambio en el estado de los sitios está prohibido, aun cuando no resultare ningún perjuicio al propietario del predio dominante? Nosotros creemos que se debe aplicar á la *diminución* de la servidumbre resultante de las innovaciones del propietario de la heredad sometida, el principio que la doctrina y la jurisprudencia aceptan para la *agravación* de la servidumbre que resultaría de los trabajos ejecutados por el dueño del predio dominante (núm. 263). La posición de las dos partes debe ser igual, y las razones para decidir, las mismas. Hay sin embargo, una sentencia de la corte de casación que parece decidir lo contrario. Tratábase de una servidumbre de derrame de las aguas

1 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, I, 111).

pluviales; el propietario del predio sirviente quería levantar construcciones contra la pared medianera de donde caían las aguas, lo que motivaba el cambio de lugar del resumidero. El sostenía que este cambio de sitio ningún perjuicio originaría al vecino. Sin embargo, se desecharon sus pretensiones. Pero había en este negocio una circunstancia especial que se debe señalar á fin de no dar á la sentencia una trascendencia que no tiene. El título constitutivo de la servidumbre decía expresamente que los sitios permanecerían los mismos (1). Esta cláusula quitaba al juez todo poder de apreciación, al menos así se podía interpretar, y no corresponde á la corte de casación criticar la interpretación del primer juez. Luego ésta no es una sentencia de doctrina.

268. ¿Cuándo hay perjuicio? La cuestión es evidentemente de hecho, y debe resolverse teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Basta que el uso de la servidumbre sea menos cómodo, según el texto de la ley, para que el propietario del predio dominante tenga el derecho de quejarse. A menudo, la servidumbre es una cuestión de comodidad y un derecho, luego hay que tener en cuenta esta consideración. Así es que el propietario del predio gravado con una servidumbre de paso, no podría cultivar el paraje por donde el paso se ejerce: éste debe ser un sendero ó un camino, lo que excluye todo cultivo. El ancho del camino de paso pone á menudo en conflicto el interés de los dos propietarios. Si el título no determina el ancho hay que ver cuál es el destino del paso. Se ha fallado que podía reducirse á una anchura de cuatro piés si debe servir únicamente para gentes á pie (2). Si el título determina el ancho, da la ley á las partes, y sería difícil restringirla,

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Mayo de 1824 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1172, 4°).

2 París, 3 de Abril de 1837 (Dalloz, "Servidumbre," núm. 1002, 1°)

á menos de apoyarse en la intención de las partes contratantes.

La jurisprudencia aplica estos principios hasta á la servidumbre legal de paso. Se ha fallado que el propietario enclavado podía oponerse á que se cultivase la faja de tierra que sirve de senda cuando el paso se ejerce por ahí hace treinta años. De buena gana admitimos con la corte de Metz, que las sabias disposiciones del art. 701 se apliquen al paso en caso de enclave (1). Hay, no obstante, una diferencia muy grande entre un paso consentido y un paso ejercido á título de necesidad. En la opinión que nosotros hemos enseñado (núms. 93 y siguientes), el propietario del predio sometido en virtud de la ley, conserva una libertad mayor; puede cambiar el cultivo, luego también cambiar de lugar el paraje por donde se ejerce el paso. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho. Esto no quiere decir que el propietario del predio sometido quede libre para hacer en su predio lo que guste; él debe el paso y no puede embarazarlo, muchas veces aun imposibilitarlo: en este sentido, las reglas del art. 701 deben tener su aplicación (2).

269. Puede suceder que los cambios operados en el predio sometido no causen ningún perjuicio al propietario del predio dominante; en este caso, éste no tiene derecho á quejarse. Una servidumbre de luces existe á favor de una cochera; el único objeto de la servidumbre es procurar luz al predio dominante. El propietario del predio sometido hace construcciones que disminuyen la luz; pero el juez comprueba que no por eso la cochera se oscurece más de lo que lo están los departamentos de esta especie, y que baña bastante luz para permitir al propietario entregarse á las ocupaciones á que está destinada la coche-

1 Metz, 19 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 2, 200).

2 Pau, 1.º de Noviembre de 1862 (Daloz, 1866, 2, 433).

ra. Luego no había ningún perjuicio; legalmente hablando, la servidumbre no estaba disminuida, por más que hubiese disminución de luz. La corte de casación resolvió que la sentencia atacada no violaba el art. 701, puesto que á la corte de apelación incumbía apreciar los hechos (1).

270. De aquí no habría que concluir que la corte de casación no puede jamás revisar las sentencias pronunciadas en esta materia por los jueces del hecho. Si por la sentencia atacada está probado que los cambios operados en el estado de los sitios dañan al predio dominante y que, no obstante, la sentencia desecha la querrela del propietario de esta heredad, hay violación de la ley, y por consiguiente, lugar á casación. Se lee en el acta de un juez de paz que las nuevas construcciones elevadas en el predio sometido eran un obstáculo para que la luz penetrase por la ventana del predio dominante, perjuicio bien ligero por el momento, pero que podría hacerse considerable en lo sucesivo. La corte de París desecho la querrela del propietario de la cosa, su sentencia fué casada porque violaba el art. 701 (2). En otro caso, existía igualmente una servidumbre de luces ejercida por cuatro ventanas que caían hacia un patio. El propietario de la heredad sirviente construyó en su patio un techo envidrierado por encima de las ventanas. La sentencia comprueba que el techo no interceptaba la luz y ningún perjuicio ocasionaba al predio dominante. No obstante esto, la sentencia se casó, porque había contradicciones entre la decisión de la corte y los hechos, supuesto que la construcción del techo con vidrios disminuía necesariamente el uso de la servidumbre; luego había violación del art. 701 (3).

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 395).

2 Sentencia de casación, de 18 de Mayo de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1171, 2^o).

3 Sentencia de casación, 15 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1172, 1^o).

271. Si los cambios acarrear una disminución de la servidumbre, el propietario lesionado puede pedir la supresión de los trabajos y reclamar daños y perjuicios, si hay lugar para ello. ¿Tendría el mismo derecho contra el sucesor de aquél que hizo los cambios? Es claro que él puede exigir la destrucción de las obras contra todo detentador del predio sirviente, y esto no es más que una consecuencia de la realidad de un derecho. ¿Pero podría también reclamar los daños y perjuicios que se le deben, contra el tercer detentor? La negativa nos parece evidente, á pesar del disentimiento de Demolombe. ¿De que proviene la obligación de daños y perjuicios? De un hecho dañoso, y si hay contrato, de la inejecución de una obligación, en todas las hipótesis de una culpa; ahora bien, las culpas son personales tanto como sus consecuencias; por lo que no es el predio el deudor, sino el propietario que ha operado los cambios de donde resulta la disminución de la servidumbre. Se objeta que la obligación de disminuir el uso de la servidumbre deriva de ésta, y toma su carácter real, del mismo modo que la obligación de hacer los trabajos necesarios para el ejercicio de la servidumbre es real en virtud del art. 698. Esto es razonar muy mal. El art. 698 es una excepción á los principios generales, por lo que hay que cuidarse de erigirlo en regla, extendiéndolo á todas las obligaciones que pudiera contraer el propietario del predio sirviente; estas obligaciones son personales por esencia, luego sólo procuran una acción personal contra el deudor. Hay una sentencia de la corte de casación, en sentido contrario; creemos inútil detenernos en ella; pronunciada en circunstancias enteramente especiales, es una decisión de hecho más bien que de doctrina, no habría porque tenerla en cuenta; no hay autoridad, por grande que sea, que pueda transformar un derecho personal en uno real, solamente el legislador tie-

ne tal poder. El lo ha hecho en el caso previsto por el art. 698; pero precisamente porque esta disposición es tan exorbitante del derecho común, hay que restringirla al caso para el cual se estableció.

Núm. 2. Derechos.

272. El dueño del predio que debe la servidumbre sigue siendo propietario; luego puede usar de su derecho de propiedad, con la sola restricción de que estando desmembrado su derecho, nada puede hacer que sea contrario al derecho del propietario de la heredad dominante. Se ha fallado que aquél cuyo predio está gravado con una servidumbre de paso conserva la libre disposición del suelo sometido, que puede por lo tanto, hacer encima y debajo todos los trabajos que juzgue convenientes, con el cargo de dejar al paso la altura y la anchura necesarias para el pleno ejercicio de la servidumbre (1). El propietario puede también usar de su derecho de exclusión impidiendo al propietario del predio dominante que practique vistas á la senda que sirve de paso. Déjase comprender que el derecho de paso no da el derecho de vista. Así, pues, el dueño del predio sirviente puede oponerse á que haga, sea lo que fuere, en su predio, fuera del gravamen á que está sometido. El puede, por consiguiente, levantar construcciones que obstruyan las vistas del vecino, con tal de que no sean obstáculo para el uso de la servidumbre de paso, la única con que está gravado su predio (2).

273. ¿El propietario del predio sirviente puede cercarse? Ciertamente que sí, si el cerco no disminuye el uso de la servidumbre y la hace más molesta. Esta última expresión del art. 701 origina una dificultad. Aquél cuyo predio está gravado con una servidumbre de paso puede

1 Aix, 19 de Enero de 1855 (Daloz, 1857, 2, 32).

2 París, 14 de Agosto de 1851 (Daloz, 1854, 702).

cercarse si esto no estorba el ejercicio del paso (1). No se pone en duda este derecho, á pesar de los términos restrictivos del art. 647 que parece establecer una excepción del derecho de cercarse, cuando hay lugar al paso en caso de enclave. Remitimos á lo que queda dicho en el tomo VII, núm. 441. Pero ¿cuando puede decirse que el cerramiento estorba ó disminuye ó hace más molesta la servidumbre de paso? Esta es una dificultad de hecho más que de derecho, que ha dado lugar á decisiones contradictorias de la misma corte. La corte de Bruselas ha fallado que el propietario puede muy bien establecer barreras para cercarse, pero que no puede poner en ellas cerraduras con llave, aun cuando ofreciere poner en manos del propietario del predio dominante un número triple de llaves ó en número más considerable. Esta decisión se enlaza con la letra del art. 701; cierto es que el propietario del predio dominante se vería molestado, puesto que á toda hora tendría que llevar consigo una llave para pasar, y que con solo olvidarla no podría hacer uso del paso (2). Esto es verdad, pero no es demasiado riguroso. El propietario de una casa debe también llevar consigo una llave para entrar, y si la olvida, puede encontrarse en la imposibilidad momentánea de penetrar á su propiedad; esto es un inconveniente, pero ¿puede compararse al de dejar sin cercado una propiedad? porque una barrera que no se cierra con llave no es un cercado. Nosotros preferimos otra decisión de la misma corte en materia de enclave; ella ha permitido al propietario del predio sirviente que se cerque mediante una barrera que se cierre con llave (3). Los motivos, hay que confesarlo, no son muy jurídicos. La sentencia dice que los tribunales

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 98 y nota 5.

2 Bruselas, 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 346).

3 Bruselas, 3 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2 301).

tienen á su cargo, en materia de servidumbre, conciliar el interés de la agricultura con el respeto que se debe á la propiedad; el código civil dice esto cuando se trata de los derechos de los ribereños de una corriente de agua no navegable; pero en este caso no hay derechos absolutos en presencia, porque el derecho de uno de los ribereños limita el del otro. La corte cita además los arts. 700 y 702 que dan á los tribunales cierto poder de apreciación. ¿Pero tienen la misma latitud en la aplicación del art. 701? Todo lo que puede decirse es que la "molestia" es una cuestión de hecho; luego los tribunales pueden decidir que si está cercado el predio sirviente por una barrera que cierre con llave, el uso de la servidumbre ya no es incómodo, puesto que la llave es suficiente para abrir la barrera.

274. ¿El propietario del predio sirviente puede servirse del predio para el mismo uso para el cual se ha establecido la servidumbre? Naturalmente se supone que el título no da al propietario del predio dominante un derecho exclusivo. A menos de convenio contrario, aquél cuyo predio se halla gravado con una servidumbre puede usar de su propiedad, no á título de servidumbre, supuesto que "res sua nemini servit, sino en virtud de su derecho de dominio. Nada hay de incompatible en el concurso de los derechos de propiedad y de servidumbre que se ejercen en un mismo predio; yo puedo pasar por el predio que me pertenece como propietario, y tu puedes pasar por él en virtud de tu derecho de servidumbre. Déjese entender que en este caso, el dueño del predio sirviente no está obligado á soportar él solo los gastos que requiera el ejercicio de la servidumbre; siendo común el uso, los gastos deben dividirse en la proporción del goce de cada uno. Existe una servidumbre que regularmente implica esta comunidad de uso, y es la servidumbre de lagar. Por esto se en-

tiende el derecho que tengo de usar del lagar de otro para las cosechas que provienen de mi finca. Es costumbre en ciertas localidades que el propietario del predio dominante se sirva del lagar cada cinco semanas, y que, en consecuencia, contribuya en un quinto en las reparaciones (1).

275. ¿Puede el propietario del predio sometido pedir el cambio de lugar de la servidumbre? El art. 701 comienza por decir que él no puede cambiar el estado de los sitios, ni transportar el ejercicio de la servidumbre á un lugar diferente de aquél que primitivamente se le señaló; y en seguida agrega una restricción á dicha regla. Si el señalamiento primitivo se hubiese vuelto más oneroso al propietario del predio sometido, ó si le impidiera que practicase reparaciones ventajosas, él podría ofrecer al propietario del predio un pareje igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y este no podría rehusarlo. Esta disposición es notable. Ella prueba que las servidumbres nada tienen de absoluto, y que pueden modificarse por consideraciones de equidad. No pasa lo mismo con las obligaciones convencionales, las cuales tienen fuerza de ley para los que las han contratado, y el juez, tanto como las partes, no puede modificarlas á nombre de la equidad, á menos que la ley le otorgue tal derecho. Se habría debido aplicar el mismo principio á las servidumbres establecidas por convenio, si el legislador no hubiera derogado el rigor de los principios. Ya hemos tropezado con varias de estas derogaciones. Puede cambiarse el estado de los lugares de las partes interesadas, con tal que no resulte ningún perjuicio de estas innovaciones para uno de los vecinos (núms. 94 y 269). Sucede lo mismo con el paraje por el cual debe ejercerse la servidumbre. La ley

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 99 y notas 8 y 9. Demolombe, t. 12, página 456, núm. 935.

supone que ha habido un señalamiento primitivo, lo que implica un convenio, á menos que la servidumbre se haya constituido por testamento. A pesar de este convenio, el propietario del predio sirviente puede pedir el cambio de lugar de la servidumbre, y si sus ofertas son conformes al art. 701, el otro propietario no puede desecharlas. Así, pues, la voluntad de una de las partes es la que viene á modificar la ley del contrato. ¿Por qué permite la ley que una de las partes contrayentes, á pesar de la denegación de la otra, modifique sus convenios, cuando se trata de servidumbres? Ya hemos dado la razón. Las servidumbres restringen el ejercicio de la propiedad en provecho del predio dominante. Estas restricciones no deben comprometer el interés general. Y podrían comprometerlo estorbando el mejoramiento del cultivo ó el perfeccionamiento de las construcciones, lo que interesa á la industria. Es, pues, importante que haya una cierta latitud para conciliar con el interés público el interés de los particulares que han establecido la propiedad.

Por esto es por lo que se decide que no es permitido á las partes contrayentes renunciar al derecho que la ley les otorga para modificar sus convenios, aun por voluntad de una de ellas (1). En teoría, esta opinión es incontestable, puesto que jamás se permite derogar lo que es de interés general, y estamos suponiendo que lo hay en este caso. Pero la aplicación es muy delicada. Toda servidumbre estorba el ejercicio de la propiedad, y por consiguiente, más ó menos el de la agricultura ó la industria. Sin embargo, el propietario del predio sirviente no puede librarse de ese gravamen; la ley no le permite la reducción. En este sentido, los convenios que establecen las servidumbres son

1 Aubry y Rau, t. 3^o, p. 100 y nota 13. Demolombe, t. 12, página 426, núm. 905.

irrevocables y los gravámenes que crean perpetuos. La ventaja que saca el predio dominante de la servidumbre es una compensación de los inconvenientes y de las trabas que resultan para el predio sometido. De todos modos, es importante que, en razón de perpetuidad misma de las servidumbres, el ejercicio de la servidumbre pueda modificarse, á fin de permitir al propietario del predio sirviente todas las mejoras compatibles con los derechos del propietario de la heredad dominante. Pero también, y por idénticas razones, hay que conceder el mismo derecho al propietario del predio al que se debe la servidumbre (núm. 265).

276. Nosotros hemos supuesto que el cambio de lugar de la servidumbre puede pedirse aun cuando el título determinase el paraje por el cual debe ejercerse. Hay alguna variación acerca de este punto en la jurisprudencia (1). El texto dice que el *señalamiento primitivo* puede cambiarse; este señalamiento, como acabamos de decirlo, implica un convenio expreso ó tácito, y el convenio expreso se hallará generalmente en el título. En cuanto al espíritu de la ley, parécenos que los motivos que acabamos de desarrollar no dejan duda alguna sobre la cuestión.

Hemos supuesto también que el cambio de lugar de la servidumbre puede hacerse por la voluntad sola del propietario de la heredad sirviente. Enséñase lo contrario. Hay que entenderse; en el fondo, todos están de acuerdo, y no hay duda posible, puesto que el texto de la ley es positivo. Evidentemente que el propietario del predio sirviente no puede á su antojo, pedir que se traslade la servidumbre; el art. 702 determina las condiciones bajo las cuales él puede ejercer esos derechos. Así, pues, la translación no depende de su capricho. Tampoco puede hacerlo sin el con-

1 Pau, 9 de Febrero de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. número 1182).

curso de su vecino; porque la ley dice que debe hacerle ofertas; pero como el propietario del predio dominante no puede rehusar dichas ofertas, queda como una verdad que está modificado el título por voluntad de una de las partes.

277. El art. 701 no habla más que del cambio de lugar de la servidumbre. ¿Debe aplicarse por analogía al ejercicio de la servidumbre? Existe una sentencia en este sentido: el propietario del predio sirviente puede pedir un cambio, dice la corte de Montpellier, si la modificación que él reclama no puede dañar ni directa ni indirectamente, en el presente ni en el porvenir, al predio dominante, ni disminuir la utilidad que este predio saca de la servidumbre, ó hacer más incómodo el ejercicio de la servidumbre (1). Claro es que existe el mismo motivo para decidir. Sin embargo, la cuestión es dudosa. No siempre se puede razonar por analogía, y menos cuando se trata de excepciones. ¿Y el art. 701 no es una excepción de la inmutabilidad del título? El texto mismo nos parece restrictivo. El segundo inciso dice que el propietario del predio sirviente no puede cambiar el estado de los lugares ni trasladar la servidumbre; en seguida, el tercer inciso permite el cambio de lugar con ciertas condiciones, pero no da él mismo derecho para el cambio de los lugares. Así, pues, parece que mantiene la inmutabilidad del título en lo concerniente al ejercicio de la servidumbre. Sin embargo, creemos que la corte ha fallado bien. A decir verdad, la disposición del art. 701 no es excepcional, es más bien la aplicación de un principio que el código sigue en materia de servidumbre; este principio, según acabamos de establecerlo, es precisamente el de la mutabilidad del título; como cambian las necesidades de los predios, y como la sociedad está interesada en que las servidumbres no embaracen los

1 Montpellier, 23 de Julio de 1846 (Dalloz, 1847, 70).

cambios que se han hecho necesarios, la ley ha debido permitir á las partes interesadas que modifiquen el ejercicio de la servidumbre; y si ella permite que se cambie el asiento de la servidumbre, debe por idénticas razones, permitir que se cambie el estado de los lugares.

§ V.—EFECTO DE LA DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE
Y DEL SIRVIENTE.

Núm. 1. División del predio dominante.

278. El art. 700 supone que la heredad dominante llega á *dividirse*, y decide que la servidumbre permanece debida para cada porción. ¿Cuándo hay división en sentido de la ley? ¿y por qué mantiene la servidumbre para cada porción del predio dominante? La división de los predios se hace ordinariamente cuando el propietario del predio dominante llega á morir dejando varios herederos. Puede también haber división cuando el propietario vende su heredad por porciones. La ley no distingue por qué causas se opera la división; luego debe decidirse que en todos los casos la servidumbre permanece debiéndose por cada porción. Pardessus cree que en caso de venta, el propietario del predio sirvientetendría una acción de daños y perjuicios por el que sufre con la división del predio y con la extensión de la servidumbre. ¡Vaya una singular idea! ¿Puede haber daños y perjuicios sin falta? ¿Y en dónde está la culpa del propietario que vende su predio en pequeñas porciones? ¿El que usa de su derecho es el culpable? Ni siquiera puede decirse que cause un perjuicio al predio sirviente, porque el art. 700 agrega que en caso de división de la heredad dominante, la condición del predio sometido no debe agravarse. Pardessus olvida, además, que el artículo 700 no hace más que aplicar un principio elemental de derecho: la servidumbre se debe al predio, luego á todas

sus partes, cuando se divide aquél por cualquiera causa que sea (1).

279. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir si las diversas porciones de la heredad dominante son poseídas por indiviso ó si lo son separadamente á causa de la partición. El texto del art. 700 implica ora la partición, ora la indivisión. Al sentar el principio, la ley supone que la heredad dominante está dividida, es decir, sujeta á partición; mientras que el segundo inciso, que da un ejemplo, supone que hay varios co-proprietarios; ahora bien, no hay co-propiedad sino durante la indivisión; despues de la partición hay tanto propietario como porciones ó lotes (2). ¿Debe concluirse de aquí que la ley no prevee más que el estado de división ó el de indivisión? Ella, en realidad, prevee las dos hipótesis, sólo que la redacción no es lógica; cuando se establece un principio para el caso de *división*, no debe darse como ejemplo un caso de *indivisión*; pero poco importa, después de todo. El principio se aplica, en efecto, en las dos hipótesis, en el sentido de que si el predio poseído primitivamente por un solo propietario llega á ser poseído por varios, todos pueden ejercer la servidumbre, sólo que el modo de ejercerla y los derechos de los propietarios difieren según que hay indivisión ó partición. Luego el legislador habría debido distinguir los dos casos. Vamos nosotros á hacerlo apoyándonos en los principios que rigen la indivisión y la partición combinados con los principios que rigen las servidumbres.

280. El predio dominante pasa por herencia á varias personas. ¿Cuál es su derecho mientras dura la indivisión?

1 Demolombe, t. 12, p. 382, núm. 859. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, nota 361. Compárese Pardessus, t. 1º, nota 64, p. 154.

2 Demolombe, t. 12, p. 379, núm. 856. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, núm. 361.

Los co-proprietarios disfrutan en común del predio, y siendo la servidumbre una calidad del predio, disfrutan también en común de la servidumbre. Nada se ha cambiado en cuanto al derecho de servidumbre, es después de la muerte del propietario lo que era antes, porque nada ha cambiado en el predio, sino que en vez de un propietario hay varios. ¿Pero este hecho solo no es un cambio? ¿y este cambio no es una agravación de la servidumbre? El artículo 700 decide que la servidumbre sigue debiéndose “sin que por ello se agrave la condición del predio sometido.” A primera vista no se comprende cómo seguirá siendo la misma la carga, cuando el derecho lo ejercen varios en vez de uno solo. Existen servidumbres cuyo uso es el mismo, sea cual fuere el número de los propietarios del predio dominante. Una servidumbre de derrame de las aguas pluviales no cambia, sea que hay diez propietarios ó uno solo. En cambio, hay servidumbres cuyo ejercicio es más frecuente cuando hay varios propietarios del predio dominante al cual se debe aquélla. Tal es la servidumbre de paso; cuando la ejercen varias personas ¿no es más onerosa? ¿y no se agravará la condición del predio sometido? El art. 700 responde á nuestra pregunta. “Así es que, dice el artículo, si se trata de un derecho de paso, todos los co-proprietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo paraje.” Durante la indivisión, esto no tiene duda, puesto que la servidumbre permanece la misma. Hay, sin embargo, una dificultad: ¿qué importa que el camino siga siendo el mismo? ¿si es más frecuentado no hay agravación de la servidumbre? La ley decide que no hay agravación. Ella supone, y tal es el rigor de los principios, que la servidumbre se ha establecido para utilidad del predio dominante, sin considerar el número de personas que ocupan el predio: que aumente ó que disminuya, el derecho es el mismo, luego también el gravamen. En otros

términos, el aumento del número de personas llamadas á disponer de la servidumbre ha entrado en las previsiones de los que han establecido las servidumbres; en efecto, ellas deben esperar un hecho que es una ley de la humanidad, el aumento de población, y la muerte que reparte los derechos del difunto entre sus herederos; un hecho previsto y usual no es una agravación de la servidumbre.

Dumoulin daba otra respuesta á nuestra cuestión. Partiendo del principio de que las necesidades del predio no aumenten, y que la servidumbre se deba al predio y no á la persona, él concluye que si en lugar de un propietario, hubiese varios, el juez debe intervenir para arreglar la manera de ejercer la servidumbre, sin que de ello resulte una agravación de carga (1). Esto es factible en ciertas servidumbres; si por ejemplo, se otorgase un derecho de paso para la explotación de un predio rural, el juez podría decidir que los co-proprietarios se pusiesen de acuerdo para el ejercicio del derecho, de modo que el paso se practicara como lo estaba cuando vivía el que lo había estipulado. Pero la idea de Dumoulin es impracticable cuando el paso se establece para una casa; ¿cómo limitar, en este caso, el uso de la servidumbre de modo que diez personas no pasen como tampoco una sola? A decir verdad, el texto del código desecha la opinión de Dumoulin. En efecto, el art. 700 supone que en lugar de un propietario hay varios; todos pueden usar del paso, sin que pueda decirse que la servidumbre se agrave, con tal que se ejerza por el mismo paraje. Esto prueba que la ley no tiene en cuenta más que el estado del predio, y que no toma en consideración el número de las personas que usan la servidumbre.

1 Dumoulin, "Extricatio labyrinthi sexdecim legum," números 49-51. Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 246, número 361; Demolombe, t. 12, p. 381, núm. 858.

281. La ley aplica el principio á una servidumbre indivisible, el derecho de paso. ¿Qué se resolverá si la servidumbre es divisible? Ordinariamente se dice que todas las servidumbres son indivisibles. Esto es demasiado absoluto. Dumoulin, gran partidario de la indivisión, confiesa que hay servidumbres divisibles, en el sentido de que la utilidad que ellas procuran al predio dominante es susceptible de división. Una toma de agua es divisible, puesto que el volumen de agua puede distribuirse en tantas fracciones como se quiera. El derecho de extraer marga del predio vecino se divide igualmente, puesto que puede dividirse la cantidad de marga, y puesto que en realidad se fija en razón de la extensión del predio dominante, lo mismo que la toma de agua se proporciona á las necesidades del predio para cuya ventaja se establece (1). Si el predio dominante se transmite por vía de herencia á varios propietarios los cuales lo poseen indivisamente, el número de los herederos en nada cambiará el uso de la servidumbre. Aquí se aplica el principio de Dumoulin. De que haya varios propietarios en lugar de uno, esto no modifica las necesidades del predio dominante; luego el volumen de agua seguirá siendo el mismo, y no variará la cantidad de la marga. Y si el título no se explica sobre este punto, y si las partes no se ponen de acuerdo, habrá lugar á intervención del juez, el cual arreglará el ejercicio de la servidumbre, sin tener en cuenta el número de los propietarios, y considerando únicamente las necesidades del predio (2).

282. Queda en pie una dificultad: ¿cómo ejercerá cada uno de los co-proprietarios la servidumbre, mientras dura la indivisión? Si la servidumbre es indivisible, ni siquiera

1 Dumoulin, "De dividuo et individuo," pars 3^a, núm. 291.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, p. 346, núm. 362. Demolombe, t. 12, p. 384, núm. 860.

hay cuestió. No se pasa por una tercera ó una cuarta parte; luego por el hecho solo de que cada uno de los co-propietarios tiene derecho al paso, puede usarlo en su totalidad, y aun le sería imposible ejercerlo por una parte. ¿Pero qué debe resolverse si la servidumbre es divisible? Dumoulin mantiene el principio: no hay más que una sola servidumbre, que se debe á un solo predio, este predio lo poseen pro-indiviso varios co-propietarios, lo que da á cada uno el derecho de usar de todo el predio, luego también de toda la servidumbre, salvo que los co-propietarios se arreglen entre sí para el ejercicio de la servidumbre. Ninguna duda hay acerca de este punto; así, pues, es inútil insistir (1).

283. Pasemos á la hipótesis en que el predio indiviso está sujeto á partición. Esto equivale, dicen los jurisconsultos romanos, á que desde el principio hubiese habido varios predios dominantes. En efecto, como la servidumbre se debe á cada porción del predio, cada porción se convierte en un predio dominante. ¿No es esto agravar la servidumbre? Mi heredad no debía servidumbre más que á un predio, ¿y ahora la debe á diez? La ley romana contesta: Nó, la condición del predio sirviente no se vuelve más onerosa, y aun en ciertos conceptos se hace más favorable (2). Esta última decisión parece singular, se explica por los principios que rigen la extinción de las servidumbres. Así como hay tantos predios dominantes como porciones, hay también otras tantas servidumbres, de donde se sigue que cada una de ellas podrá extinguirse; en este sentido la condición del predio sirviente será mejor, puesto que este predio podrá libertarse de una parte de la carga con que está gravado.

1 Demolombe, t. 12, p. 386, núm. 861. Demante, t. 2º, p. 633, número 556 bis, 4º.

2 Lib. 6, pfo. 1º, D., "si servindic" (8º, 5).

El código civil consagra esta doctrina. Si la heredad dominante está dividida, dice el art. 700, la servidumbre sigue debiéndose por cada porción; el artículo agrega: sin que por esto se agrave la condición del predio sometido. ¿Cómo puede ser esto? Si la servidumbre es indivisible, se aplica el art. 700; si se trata de un derecho de paso, todos los propietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo punto. Cierto es que el paso será más frecuente; pero como acabamos de decirlo, este hecho no se considera como una agravación de la servidumbre. Si la servidumbre es divisible, cada uno de los propietarios la ejercerá en la proporción de su derecho hereditario; esto no es más que la consecuencia lógica de la partición y de la divisibilidad del derecho, porque cada uno de los co-partícipes toma con su calidad la porción del predio que le toca en suerte, luego con su parte en el beneficio de la servidumbre, salvo á los herederos el convenir en otra manera de repartir el uso de la servidumbre; en todo caso el propietario del predio sirviente carece de interés para oponerse á esa división, porque la carga que grava su predio sigue siendo la misma. Si el título no fija la cantidad ó la medida en que tiene derecho el predio dominante, habrá lugar á la intervención del juez, como decía Dumoulin, á fin de impedir que la suma reunida de las necesidades particulares, ó por mejor decir, de las pretensiones particulares no sobrepase las necesidades del predio único, tales como eran antes de la partición; de lo contrario, habrá agravación de la condición del predio sometido; ahora bien, la ley no quiere que se agrave la servidumbre y también los principios se oponen á ello (1).

Núm. 2. División del predio sirviente.

284. El código no habla de la división del predio sir-

1 Demante, t. 2º, p. 652, núm. 556 bis, 2º y 556 bis, 3º.

viente. Puede también estar dividido, sea á causa de la venta, sea á causa de la herencia. ¿Cuál será la influencia de esta división en la servidumbre? Si la heredad sometida es poseída indivisamente por varios herederos, nada absolutamente hay de cambiado en la carga que la agrava, ni en cuanto al derecho del dueño de la heredad dominante. El predio sirviente sigue siendo el mismo, y por consiguiente, también la servidumbre se ejercerá durante la indivisión como se ejercía cuando el predio pertenecía á un solo propietario.

No sucede lo mismo cuando el predio sirviente está dividido. Se presenta una primera cuestión. La parte del predio por donde se ejerce la servidumbre se pone en el lote de uno de los herederos: ¿las restantes porciones del predio estarán libertadas de la servidumbre? Supónese que la servidumbre no está limitada á la parte del predio por la cual se practica; si esta parte es la sola gravada, entonces no hay cuestión. Más si todo el predio es gravado, seguirá estándolo, hasta las porciones por las cuales no se ejercía la servidumbre, porque una cosa es el ejercicio de la servidumbre y otra el derecho. Así, pues, el derecho subsistirá en todas las porciones del predio. ¿Pero de qué manera se ejercerá?

Debe aplicarse, por analogía, al predio sirviente lo que la ley dice de la división del predio dominante. La división de la heredad sometida no puede agravar la condición de este predio. Luego si se trata de una servidumbre de paso, continuará ejerciéndose por el mismo punto. De esto podrá resultar que la servidumbre no se ejercerá sobre algunas porciones del predio que han venido á ser heredades separadas. La consecuencia de esto será que la servidumbre se extinguirá por falta de uso después de treinta años, salvo el que el propietario del predio dominante conserve su derecho por la interpretación de la prescrip-

ción. En efecto, la división del predio sirviente tiene el mismo resultado que la del predio dominante; habrá varios predios sirvientes, es decir, varias servidumbres distintas, y por consiguiente, cada una de ellas puede extinguirse. Si la servidumbre es divisible, cada una de las porciones del predio sirviente quedará gravada con el derecho en la proporción del derecho de los co-partícipes. Se aplican los principios generales que rigen la partición. Déjase entender que, en esta hipótesis, la servidumbre se extinguirá si no se ejerce durante treinta años en uno de los predios divididos (1).

§ VI.—DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LAS SERVIDUMBRES.

285. El código no habla de las acciones á que dan lugar las servidumbres, como tampoco habla de la acción que nace de la propiedad. Abandona esta materia á la doctrina. Hay, pues, que remontarse á la tradición. Pothier distingue dos acciones concernientes á las servidumbres, la *confesoria* y la *negatoria*; los términos tanto como los principios vienen del derecho romano. La acción "confesoria," dice Pothier, es una acción real por cuyo medio aquél á quien pertenece un derecho de servidumbre en alguna heredad concluye contra quien lo perturba en el uso de esa servidumbre, en que se le declara sujeto á ese derecho y en que se prohíbe al demandado que lo perturbe. La acción *negatoria* es también una acción real que el propietario de una heredad intenta contra el que sin derecho se atribuye en ella alguna servidumbre, y concluye en que su heredad sea declarada libre de tal servidumbre, y que se prohíba al demandado que la use (2).

286. Estas dos acciones son concernientes al derecho y

1 Demolombe, t. 12, p. 428, núms. 907 y 910.

2 Pothier, "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 11.

son análogas á la acción de reivindicación. Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias. El que es propietario puede promover en lo petitorio conforme al derecho común, cuando se ve perturbado en el ejercicio de su derecho por el vecino que ejerce una servidumbre sobre su predio. Del mismo modo el que por espacio de un año ejerce pacíficamente una servidumbre puede hacerse mantener en posesión de ese derecho. Esto no es más que la aplicación del derecho común. Los inmuebles incorpóreos tanto como los corpóreos son susceptibles de posesión; luego el poseedor puede invocar el art. 23 del código de procedimientos que concede las acciones posesorias á todos los que por un año al menos están en pacífica posesión. La ley agrega: *á título no precario*. Esta condición es esencial; la posesión precaria no es una posesión, luego no puede ser protegida por las acciones posesorias. Síguese de aquí que las servidumbres discontinuas no dan lugar á una acción posesoria; el código no permite que se adquieran por la posesión de treinta años, porque la posesión de estas servidumbres es precaria por su esencia; por lo mismo no pueden dar lugar á acciones posesorias. Esto lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). Como la materia no entra en el objeto de nuestro trabajo, nos limitamos á asentar el principio.

287. Pothier dice que las acciones concernientes á las servidumbres son reales, porque nacen del derecho de propiedad ó del derecho de servidumbre, cuyos derechos son reales. Y como las servidumbres sólo existen sobre inmuebles, hay que añadir que son inmobiliarias las acciones á que dan lugar. Síguese de aquí que deben intentarse en el tribunal de la ubicación del inmueble que se preten-

1 Durantou, t. 5°, p. 633, núms. 632, 635. Demolombe, t. 12, páginas 459 y siguientes, núms. 939, 956, 956, y la jurisprudencia en Dalloz, "acción posesoria," núms. 445 y siguientes.

de está gravado con una servidumbre, ó libre de todo gravamen (Código de Procedimientos, art. 59). Las acciones que nacen de un derecho real no pueden interesarles sino el que tiene dicho derecho real, es decir, el propietario del predio al cual se debe la servidumbre, ó que se pretende libre de este gravamen: en ambos casos, el predio es objeto de la cuestión, y el propietario es el único que tiene derecho á hablar á nombre del predio (1). De esto no debe inferirse que el usufructuario no tiene las acciones concernientes á las servidumbres. En otra parte de esta obra hemos dicho que él tiene la posesión, luego también las acciones posesorias; él disfruta las servidumbres, luego tiene también las acciones que les son concernientes (2).

Se ha deducido de que la servidumbre es un derecho real que las acciones personales que nacen con motivo de su ejercicio toman un carácter de realidad. Este es un error, á nuestro juicio; remitimos á lo que se ha dicho antes (número 271).

288. La prueba hace surgir una cuestión acerca de la cual hay una controversia bastante viva. Es un principio elemental que la prueba incumbe al que demanda. ¿Quiere decir esto que él que sostiene que su predio está libre debe probar que el vecino no tiene derecho á la servidumbre que él ejerce? Decimos que él ejerce, porque para que haya lugar á debate, hay que suponer que el vecino está en posesión de la servidumbre. Coloquémonos en la hipótesis la más favorable al poseedor: él ha obtenido en lo posesorio un fallo que lo mantiene en posesión. El propietario que pretende que su predio es libre debe promover en lo petitorio; ¿debe probar la libertad de su predio? La jurisprudencia casi está unánime en favor del propietario; él nada

1 Gante, 24 de Junio de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 126).

2 Pardessus, t. 2º, p. 301, núm. 332. Demolombe, t. 12, p. 484, número 958. Sentencia de casación de 5 de Marzo de 1850 (*Dalloz*, 1850 1, 78).

tiene que probar, se dice, porque tiene en su favor la presunción de que la propiedad es libre; por otra parte, obligarlo á que pruebe la libertad de su predio, sería obligarlo á rendir una prueba negativa, puesto que debería probar que el vecino no tiene servidumbre en su heredad; ahora bien, la prueba de este hecho negativo es imposible (1). Los autores están divididos; los hay que son partidarios del poseedor, y que oponen á la presunción invocada por el propietario otra presunción que la destruye. Se presume que el poseedor es propietario, dicen ellos; luego se presume que el que está en posesión de la servidumbre tiene derecho á ésta, y por consiguiente, al propietario corresponde echar por tierra tal presunción, probando que la servidumbre no existe. Con mayor razón debe ser así cuando el poseedor ha ganado el pleito en lo posesorio, en este caso, es de derecho común que en lo petitorio el fardo de la prueba recaiga sobre el que perdió en lo posesorio, es decir, sobre el propietario que sostiene la libertad de su heredad (2).

No vacilamos en pronunciarnos por la opinión consagrada por la jurisprudencia. Pero no gustamos de las presunciones que por una y otra parte se invocan, ninguna está escrita en la ley, y ¿es posible tratar de una presunción legal sin ley? Esto es lo que los partidarios del propietario no dejan de oponer á los defensores del poseedor. Preguntan ellos que ¿en dónde se dice que se presume poseedor al propietario? La ley ni siquiera establece esta presunción á favor del que ha ganado en lo posesorio.

1 Vamos á citar las más recientes sentencias. Agen, 30 de Noviembre de 1832 (Daloz, 1853, 2, 28) y de 26 de Noviembre de 1837 (Daloz, 1858, 2, 27). Bruselas, 23 de Mayo de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 8). Fallo del tribunal de Gaute de 26 de Febrero de 1855 "Belgica judicial", t. 13, p. 406). Compárese Demolombe, t. 12, p. 480, número 957.

2 Duranton, t. 5º, p. 639, núm. 46, y las autoridades citadas en Daloz, *Servidumbre*, núm. 1277.

Esto es muy cierto; ¿pero acaso no puede redarguirse el argumento en contra de la jurisprudencia? Al actor atañe probar el fundamento de su demanda; no queda dispensado de esta prueba sino cuando tiene una presunción en su favor: ¿y en dónde está la ley que establece la presunción que él invoca?

Nos parece que los principios generales son suficientes para hacer recaer la prueba sobre el que pretende tener derecho á una servidumbre, aun cuando estuviese en posesión. En este sentido es cómo se expresa Pothier; él dice: “En una y otra acción, es decir, en la negatoria tanto como en la confesoria, el que pretende tener un derecho de servidumbre es el que debe justificarlo, según la máxima: “Incumbit onus probandi ei qui dicit.” Así es que Pothier se funda en los principios generales, sin distinguir si él que reclama la servidumbre está en posesión ó nó. Esto no tiene duda cuando el debate se trata directamente en lo petitorio. El propietario es actor. ¿Qué es lo que debe probar? Su derecho de propiedad; si él prueba que es propietario, prueba con esto solo que tiene un derecho absoluto en su cosa, exclusivo, un derecho en cuya virtud él puede repeler toda empresa que un vecino intente en su heredad. ¿Qué es lo que se opone al demandado? ¿Que posee una servidumbre? El propietario le contestará: “La posesión es un hecho; en presencia de mi propiedad, este hecho no es más que una usurpación á menos que pruebes que el hecho es el ejercicio de un derecho. Tú pretendes tener un derecho, es una excepción lo que tú me opones, y esta excepción te constituye en actor; prueba, pues, que tienes un derecho de servidumbre.”

Dícese que el fallo recaído en lo posesorio invierte los papeles; que si no resulta de aquél una presunción de propiedad, al menos sí resulta que el propietario será actor

en lo petitorio, lo que pone á su cargo la prueba. Sin duda que el propietario actor debe probar el fundamento de su demanda. ¿Pero que es lo que debe probar? Debe probar su derecho de propiedad. Su posición es, pues, exactamente la misma que si no hubiera habido debate en lo posesorio. Se objeta que esto equivale á anular el fallo que ha obtenido el poseedor. Nada de eso; porque si el propietario hubiera ganado en lo posesorio, ya no necesitaría promover en lo petitorio, mientras que ahora debe promover y rendir una prueba muy difícil, la de su derecho de propiedad. Se ve que en definitiva la cuestión se decide por los principios generales que rigen la prueba.