

TITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES Ó SERVICIOS PREDIALES (1).

CAPITULO PRIMERO

Nociones generales.

§ I.—¿QUE ES UNA SERVIDUMBRE?

125. Los arts. 637 y 638 definen la servidumbre en estos términos: “Una servidumbre es un gravamen impuesto en una finca ó heredad para el uso y utilidad de una finca que pertenece á otro propietario.” “La servidumbre no establece ninguna preeminencia de una de las heredades sobre la otra.” Toma el nombre de servidumbre porque el gravamen está impuesto en un predio, y la denominación está tomada de las relaciones de dependencia que sujetaban una persona á otra. Aquí una finca es la que está sometida á otra finca, en el sentido de que el dueño está obligado á tolerar ó á no hacer algo en interés de otra heredad. Así, aquél cuyo predio está sujeto á un derecho de paso debe tolerar la incomodidad del tránsito. Con esto está dis-

1 Lalaure, *Tratado de las servidumbres reales*, 1 vol. in-4° (Caen 1786). Solon, *Tratado de las servidumbres reales*, 1 vol. in-8° (París, 1837). Pardessus, *Tratado de las servidumbres*, 8ª edición, 2 vol. in-8° (París, 1853). Acerca del derecho romano, Elvers, *Die römische Servitutendire*, 1 vol. in-8° (Márburgo 1856)

minuida la libertad del predio gravado con aquel gravamen: tal es el lenguaje de los jurisconsultos romanos, y como metáfora es muy exacto (1). La propiedad es un derecho absoluto y exclusivo; nadie, que no sea el dueño, puede penetrar á la finca; luego si otra persona tiene ese derecho, la finca ya no goza de la plenitud de su derecho, ya no es libre; y esta disminución de libertad aprovecha á otra finca, por cuyo interés se ha estipulado; luego una finca sirve á otra finca: de aquí el nombre de *servidumbre*. El título agrega: *ó servicios prediales*. Esta expresión se encuentra ya en el art. 526, el primero que menciona las servidumbres. La palabra servidumbre es tan odiosa, que fácilmente se comprende que los legisladores de un pueblo libre hayan tenido repugnancia en servirse de ella. Pero es más sencilla que la de *servicios prediales*, está consagrada por el uso, y por esto no se la podrá confundir con la esclavitud de las personas, puesto que nuestros descendientes, más felices que sus padres, no conocerán la esclavitud sino por la historia de las miserias humanas.

126. Los jurisconsultos romanos, que vivían en medio de esclavos, ni pensaron en establecer la diferencia que distingue las servidumbres del derecho civil de la esclavitud consagrada por el derecho de gentes de la antigüedad. Ellos se conforman con hacer notar que las servidumbres no imponen ninguna obligación al propietario del predio que debe la servidumbre: éste, dicen ellos, no está obligado á hacer, sino á tolerar y á no hacer (2). Domat añade, no obstante, que el propietario del predio sirviente puede ser obligado á hacer. El código admite también que el título constitutivo de una servidumbre impone al dueño del predio sometido los gastos de las obras necesarias para usarlo (art 698). Esto no es contrario á la teoría

1 Ley 90, D., *de verb. sign.* (L. 16). Compárase, Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 12, sec. 1ª, art. 2.

2 Pomponius, en la h. 15, pfo. 1., D., *de verb.* (VIII, 1).

romana, porque así como lo diremos más adelante, aun cuando el propietario del predio sirviente debe ejecutar ciertos trabajos, no está obligado á ellos por vínculo de obligación.

El legislador francés se ha mostrado más celoso por la libertad, aun empleando el lenguaje de la servidumbre; tiene cuidado de prohibir á las partes interesadas que impongan servicios á la persona ó en favor de la persona, y no permite que se establezcan servidumbres sino sobre un predio ó por un predio (art. 686). Esto no quiere decir que el hombre no pueda ser obligado á un servicio personal respecto á otro hombre; el código civil consagra el alquiler de obra, pero la organiza de manera que no atente en nada á la libertad: así es que asienta como principio que no se pueden empeñar los servicios sino temporalmente (art. 1780), mientras que las servidumbres son perpetuas por propia naturaleza. Luego si el vendedor estipulase que el comprador estaría obligado á ciertas prestaciones, tal carga no sería una servidumbre, aun cuando se hubiese impuesto para procurar alguna utilidad á una heredad, sino que simplemente sería un alquiler de servicios (1).

Los autores del código han llevado más lejos su solicitud por la libertad que la nación acababa de conquistar en la inmortal revolución de 89. Bien que hacía tiempo que la esclavitud y hasta la servidumbre personal habían desaparecido de Francia, el feudalismo había dejado huellas profundas en el derecho privado. En apariencia, no se trataba más que de derechos reales, de dependencia de una heredad respecto de otra; pero la dependencia de las tierras traía consigo la dependencia de los que las poseían; y ésta era precisamente la índole de la servidumbre feudal, que la sujeción del fundo se enlazaba con la sujeción de la persona. La noche del 4 de Agosto puso para siempre

1 Pardessus, *De las servidumbres*, t. 1º, p. 49, núm. 19.

término á los abusos del feudalismo, y éste es un beneficio que debemos á la Francia, y por el cual merece el glorioso título de nación grande que mezquinas pasiones jamás podrán arrebatarle. El código civil consagró las conquistas de la Revolución en el dominio del derecho privado. Napoleón tenía razón de confiar en su obra; porque las leyes civiles más que las políticas son las que hacen penetrar las ideas de libertad en los hábitos del pueblo.

Tal es la importancia de esas breves palabras escritas en el art. 638: "La servidumbre no establece ninguna preeminencia de una heredad sobre otra." Los oradores del gobierno y del Tribunado no han dejado de patentizar este principio, lanzando una postrera maldición al régimen feudal, cuyo recuerdo estaba todavía vivo á principios del siglo diez y nueve; si en nuestros días ignoran los hombres lo que es el feudalismo, que no olviden que sin la revolución de 89 serían todavía siervos sometidos arbitrariamente á la talla y á la gleba. Vamos á transcribir las palabras de los autores del código, porque son la gloria de nuestra legislación civil. Berlier, el orador del gobierno, comienza por proclamar la *libertad* de las heredades; pero esta libertad es susceptible de modificación, en el sentido de que una heredad originariamente *franca* puede estar *sometida* á otra heredad. En seguida el orador se apresura á agregar que no se trata de preeminencias de un predio sobre otro, las cuales tomaron origen en el régimen *para siempre abolido* de los feudos; no se trata de servicios impuestos á la persona á favor de otra, sino únicamente á un predio y para un predio. Los tribunos se expresan con vehemente lenguaje. Al declarar que la servidumbre no establece ninguna preeminencia de un predio sobre otro, dice Albisson, la ley "previene todo pensamiento retrospectivo que pudiere fijarse en aquella *desastrosa* gerarquía

feudal que deshonró la legislación francesa hasta la memorable noche del 4 de Agosto de 1789." Gillet se expresa con cólera de esa masa *monstruosa* del feudalismo, lanzando al mismo tiempo un grito de triunfo por su supresión. "¿Qué otra cosa, en efecto, era el régimen feudal, si no el arte de hacer de la propiedad raíz un instrumento de servilismo? Por esto es que en los antiguos jurisconsultos se leen amplias disertaciones para demostrar que los deberes feudales hacían parte de las servidumbres. El proyecto ha querido que los servicios prediales *jamás* pudieran ser una ocasión de que se reprodujeran esas ideas *proscritas* (1).

El principio formulado por el art. 638 es de orden público, porque está destinado á garantir la libertad de las personas asegurando la libertad de las heredades. Síguese de aquí que no puede permitirse á los particulares que deroguen dicho principio. El art. 686 reproduce esta sanción de las leyes de orden público, por más que ya estuviera escrita en el art. 6 del código. Diríase que el legislador tiene empeño en repetirse en esta materia, á fin de que quede bien probado, como se expresaba la Asamblea constituyente, que el territorio de la Francia es libre así como las personas que lo habitan (2). Así, pues, toda convención que reprodujese, bajo una apariencia cualquiera, las servidumbres feudales, sería nula y de una nulidad absoluta, como violadora de la ley fundamental de las sociedades modernas, la libertad.

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 1 (Loché, t. 4º, p. 178) Albisson, "Informe rendido al Tribunal," núm. 3 (Loché, t. 4º, página 185). Gillet, Discurso núm. 5 (Loché, t. 4º, p. 193).

2 Ley de los días 28 de Septiembre y 6 de Octubre de 1879, título 1, artículo 2.

§ II.—CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES REALES.

Núm. 1. Dos predios.

127. Conforme á la definición del art. 637, se necesitan dos heredades para que exista una servidumbre, una heredad sobre la cual se impone el gravamen, y otra heredad para cuya utilidad se establece dicho gravamen. La palabra *heredad* es una expresión tradicional que designa un inmueble adquirido por sucesión, y por consiguiente, un inmueble en general; nuestro antiguo derecho consuetudinario, así como las leyes romanas, empleaban la palabra *heredad* para designar al *propietario* (1). Pero como los inmuebles, y sobre todo, los fundos de tierra eran en otro tiempo la propiedad por excelencia, la palabra *heredad* se limitó á la propiedad inmueble. Se ha conservado en el lenguaje jurídico en materia de servidumbre.

El inmueble que debe la servidumbre se llama la “heredad sirviente,” y el inmueble al cual se le debe, lleva el nombre de “heredad dominante.” Estas expresiones, empleadas en la doctrina, no son legales; el código nunca se sirve de ellas, y aun el art. 638 es una especie de protesta contra la idea de una heredad *dominante*; el código dice algunas veces la heredad *sometida ó sujeta* (arts. 695 y 699). Nosotros emplearemos las expresiones tradicionales, porque no presentan ningún inconveniente, hoy día que ya no conocemos los abusos de la dominación feudal sino por la historia.

128. Nada más elemental como el principio formulado por el art. 637. Si la ley da su sanción á los actos que crean servidumbres, y si permite desmembrar, amenguar

1 La costumbre de Lille dice: “El heredero de una casa ó heredad, no construye cercado si no quiere” (Pothier, *Del contrato de sociedad*, núm. 234). Las *instittutas* dicen: *Veteres haeredes pro dominis appellabant*” (Duvergier sobre Toullier, t. 2°, p. 211, nota a).

La corte de casación ha hecho la aplicación de estos principios en un caso singular, y la sentencia es igualmente singular. Una barrera separaba dos predios; giraba sobre un gozne enganchado á una encina que pertenecía al propietario contiguo. Este echa abajo el arbol, y el otro presenta querella. La acción fué desechada, por motivo de que el que es propietario del arbol puede derribarlo á la hora que guste; que si un arbol pudiera ser objeto de una servidumbre, este derecho no existiría sino mientras el arbol estuviese en pié, y que el propietario no podía ser forzado á reemplazarlo, puesto que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse. A recurso de casación, la corte resolvió "que se trataba de una servidumbre que no se reconocía que se hubiese establecido por convenio; servidumbre esencialmente precedera con el objeto, que la mano del hombre no podría ni reparar ni perpetuar" (1). La corte admite que hay servidumbre, lo que es contrario al art. 686, el cual no reconoce más servidumbres que las concernientes á los edificios y á los fundos de tierra. Se podría objetar que, en el caso actual, la servidumbre se establecía en provecho de un fundo de tierra, y que, por lo tanto se estaba dentro de los términos de la ley. Nosotros contestamos que si activamente la palabra *heredad* significa un fundo ó un edificio, debe tener la misma significación en el sentido pasivo; se necesita una heredad sirviente como se necesita una heredad dominante, y un arbol no es una heredad.

130 - ¿Se necesita que los inmuebles estén en el comercio? A primera vista, se ve uno tentado á decir que la cuestión ni siquiera debía plantearse. Los inmuebles que están fuera del comercio no pueden venderse, art. 1598; y el esta-

1 Sentencia de denega la apelación, de 6 de Abril de 1841 (Dalloz en la palabra *acción posesoria*, núm. 436).

blecimiento de una servidumbre es una enagenación parcial. Esto parece decisivo, y en teoría es incontestable. Pero la aplicación del principio suscita grandes dificultades. Existen inmuebles que, por su naturaleza, están en el comercio, y que se han puesto fuera del comercio por el destino que el Estado ó la comuna les han dado. Tales son, notablemente, los caminos, sus vías, las calles, que el art. 538 declara dependencia del dominio público, por no ser susceptibles de una propiedad privada. Lo mismo sucede con todos los inmuebles que forman parte de lo que se llama el *dominio público* del Estado ó de los municipios (1). Si estas cosas no son susceptibles de una propiedad privada, ni siquiera puede dárseles el nombre de *heredad*, puesto que esta expresión implica la idea de una propiedad adquirida por herencia; y tampoco se concibe que de estas cosas se desprendan ciertas utilidades para hacer que las disfruten otros fundos, en atención á que los bienes del dominio público están afectados por entero á un destino público (2).

¿Pero este último punto es realmente exacto? ¿Es cierto, de una manera absoluta, que las cosas colocadas fuera del comercio están afectadas al uso de todos, en el sentido de que ninguna utilidad puede retirarse de ellas en provecho de los particulares? La cuestión, en esta otra vez, parece resuelta por el texto del código. En efecto, según los términos del art. 1128, "sólo las cosas que se hallan en el comercio son susceptibles de convenio." Lo que la ley dice de los convenios, la doctrina lo dice de los legados. Luego una cosa que está fuera del comercio no pue-

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 62 y siguientes.

2 Este es el principio del derecho romano (Elvers, *Die romische Servitutenechre*, pfo. 13, p. 123). Véase en este sentido, sentencia de denegada apelación, de 13 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *prescripción*, núm. 188, 2º). Lieja, 9 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 353). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 69 y nota 2.

de ser objeto de una servidumbre, supuesto que éstas se constituyen por contrato ó por testamento. Pero ¿el artículo 1128 es tan absoluto como parece? Cuando se pone un terreno fuera del comercio porque forma una calle, un camino, una plaza pública, es que, á causa de su nuevo destino, sirve para el uso de todos. Nace, pues, la cuestión de saber si el uso de todos es compatible con el uso que se otorgase á unos cuantos. La afirmativa es clara. En el título de las *Obligaciones*, diremos que el art. 1128 no impide que las cosas públicas formen el objeto de un arrendamiento, con tal que éste no ponga obstáculo al destino público de la cosa. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con las servidumbres?

Existen servidumbres á las que la misma naturaleza somete á las vías públicas tanto como á las propiedades particulares. Tal es el gravamen que pesa sobre los fundos inferiores, sujetos á recibir las aguas que naturalmente bajan de los fundos superiores. Esta es una ley de la naturaleza, de la que no puede libertarse ningún fundo; ¿se han de detener las aguas ante un camino, porque una tierra ha sido convertida en camino público? En vano se dice que el destino público de los caminos impide el ejercicio de toda servidumbre. Déjase entender que la administración puede ejecutar trabajos tales como los juzgue convenientes para mantener la circulación libre en las vías de comunicación, pero no le está permitido hacer que las aguas se remonten á los fundos superiores. Luego la vía se halla gravada con la misma servidumbre que los fundos pertenecientes á los particulares (1).

Existe otra servidumbre legal que interesa á todos los ribereños. El art. 681, colocado en el capítulo de las servidumbres legales, establece que todo propietario debe

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 8, notas 2-3 y las autoridades que allí se citan.

construir los techos de modo que las aguas pluviales corran por un terreno ó por la vía pública. Así, pues, es un derecho para los propietarios hacer que las aguas pluviales se derramen en un fundo que esté fuera del comercio; luego las calles y los caminos sirven para el uso de las propiedades ribereñas. Es inútil insistir; las calles están precisamente destinadas para el uso de los ribereños; sobre ellas abren sus puertas y sus ventanas; sin las calles no se conciben casas aglomeradas. Lejos de que la apertura de ventanas y puertas esté en oposición con el uso que el público puede hacer de las calles, hay que decir que éstas tienen por destino servir á las propiedades de los ribereños.

131. ¿Quié debate esto que todo uso que los ribereños hagan de las calles sea una servidumbre? ¿Y se les permite todo género de uso? La primera cuestión es debatida y es dudosa. Hay que suponer desde luego, que las heredades ribereñas sacan alguna utilidad de las calles, porque sin heredad no puede tratarse de servidumbre. Cuando un propietario abre ventanas que dan á la calle ¿resulta una servidumbre de luces? (1). Cuando practica una puerta que da á la vía pública, ¿adquiere una servidumbre de paso? Hay una cuestión más general que domine á ésta. ¿Los ribereños que edifican en la vía pública obran á título de derecho ó por simple tolerancia? Se pretende que no hay más que simple tolerancia, porque la comuna no tiene derecho á enagenar, aun cuando sea parcialmente, una calle en tanto que pertenezca al dominio público; y tampoco puede gravar la calle con servidumbres que le impedirán más tarde suprimirla, si quiere vender el terreno (2). Es-

1 La cuestión es la misma cuando se abre la vista hacia un río ó un canal.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 1º, núms. 303-370. Toullier, t. 3º, núms. 479-480. Favard, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, página 136.

ta argumentación no es seria. Cuando un propietario construye, usa de su derecho, y el ejercicio de éste sería imposible si no pudiera practicar ventanas y puertas en la pared que da á la vía pública. Luego tiene que admitirse que procede á título de derecho. Esto no sería óbice para que la comuna suprima la calle y venda el terreno, pero no podrá hacerlo sino indemnizando á los ribereños. Este derecho que corresponde á los ribereños no se les ha otorgado gratuitamente, porque ellos se someten al alineamiento y á todas las cargas municipales. Hay, pues, una convención tácita en virtud de la cual la comuna permite á los ribereños que edifiquen en las condiciones establecidas por los reglamentos. Esta convención da origen á una servidumbre. Esto es cierto desde el momento en que se admite, á título de derecho es como los ribereños proceden, en efecto, ellos abren calles en un terreno ajeno; he aquí, bien marcado el carácter esencial de las servidumbres: la calle, propiedad de la ciudad, sirve para la utilidad de los ribereños. Se objeta que la calle es del dominio público, más bien que del dominio de la comuna, es decir que los ribereños se sirven de ella como habitantes de la ciudad, luego se sirven de una cosa que pertenece al común de todos, lo que excluye toda idea de servidumbre (1). Nosotros contestamos que la calle tan es del dominio de la comuna, que el terreno de que se ha formado fué comprado por ésta y que podrá revenderlo si se suprime la calle. Así, pues, estamos dentro de los términos del artículo 637; un derecho de vistas ó de paso está impuesto en un fundo perteneciente á la comuna, para uso y utilidad de los propietarios ribereños (2).

1 Grenoble, 15 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, número 65.

2 Besançon, 29 de Abril de 1841 (Daloz, en la palabra *propiedad*, núm. 166, 1º). Lieja, 24 de Junio y 12 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 258 y 261). Aubry y Rau, t. 3º, p. 70, nota 5 y las autoridades que citan.

Se objeta, aún, que el uso que los ribereños hacen de la calle, en nada disminuye la utilidad de ésta, con perjuicio del propietario de la calle; que de ello no resulta, pues, un desmembramiento de propiedad, lo cual es el carácter distintivo de las servidumbres. En definitiva, se dice, ese pretendido derecho de servidumbre de los ribereños no es otra cosa que el uso de la cosa conforme á su destino (1). Hay algo de verdad en esta objeción, pero no es tan decisiva como lo aparenta. La servidumbre es un gravámen, luego, en general, disminuye el valor del predio sirviente; pero esto no es de la esencia de la servidumbre. Si yo tengo un camino de tránsito por mi fundo y si concedo á terceros el derecho de pasar por dicho camino, puede muy bien suceder que mi propiedad no sufra ninguna disminución de valor; es también la verdad que el destino de aquel camino es servir de tránsito. Esto no impide que haya servidumbre. Luego hay también servidumbre cuando una calle sirve á los ribereños, porque un fundo presta servicio á otro fundo, y éste es el carácter esencial de la servidumbre.

132. Se hace otra objeción que nos llevará á examinar la naturaleza particular de las servidumbres establecidas en un fundo del dominio público. Aun aquellos que sostienen que los derechos ejercidos por los propietarios ribereños á la vía pública son servidumbres, confiesan que ellas no tienen todos los caracteres que presentan las servidumbres en general (2). ¿Pero en dónde está la línea de demarcación? ¿y si esos derechos no reúnen todos los caracteres que distinguen á las servidumbres, ¿no debe inferirse de esto que son verdaderas servidumbres? Aquí está el nudo de la dificultad. Nada absoluto hay en materia de servidumbres. El código mismo da este nombre á gra-

1 Massé y Vergé, sobre Zachariæ, t. 1.º, p. 196 y nota 2.

2 Demolombe, t. 13, p. 203, núm. 696. Compárese, Proudhon, tomo 1.º, p. 97, núm. 40; Aubry y Rau, t. 3.º, p. 69 y nota 4.

vámenes y obligaciones que se derivan de la situación de los lugares, ó que son inherentes á la vecindad, por más que dichos gravámenes y obligaciones difieran por muchos conceptos de las servidumbres establecidas por obra del hombre. Tan cierto es esto que los autores niegan que sean servidumbres. Luego hay servidumbres de diversas especies. Pues bien, las que gravan los fundos del dominio público forman una especie particular, en razón de la naturaleza de la heredad sirviente. Esta heredad tiene un destino público que la pone fuera del comercio. De aquí una primera consecuencia acerca de la cual todos están de acuerdo (1). Los derechos ejercidos por los ribereños por interés de sus heredades no pueden comprometer el destino público de las calles. Hay más, la autoridad municipal ni siquiera puede otorgar semejantes servidumbres, porque no le es permitido disponer, en provecho exclusivo de unos cuantos, de una vía pública que á todos debe servir; sus concesiones, si las ha hecho, no son más que actos de pura tolerancia, que puede revocar á cualquier hora. Así es que si ha tolerado una invasión de la calle, proveniente de un balcón, puede suprimir lo que ha tolerado.

Otra consecuencia se deriva del mismo principio. Las vías públicas, aunque establecidas con un espíritu de perpetuidad, no son perpetuas; derecho y deber de la administración es alinearlas y hasta suprimirlas cuando así lo exige un interés público: tal sería un motivo de salubridad ó la ventaja del comercio y de la industria, ó aun el embellecimiento de la ciudad, porque esto es también de interés público, como lo dice el viejo Argentré (2). Déja-

1 Demolombe, t. 12, p. 198, núm. 698. Aubry y Rau, t. 3^o, p. 69, nota 4 y las autoridades que ellos citan.

2 "Quia publicorum usus non solum ex commodo sed ex ornatu etiam et facier estimantur" (D' Argentré, "sobre la costumbre de Bre, tafia," art. 220, cap. XXXIII, p. 1136.

se entender que la comuna jamás puede enagenar un derecho que es al mismo tiempo un deber. Luego cuando tácitamente consiente en que los ribereños abran ventanas y puertas en sus paredes del frente, ella no se obliga, como la ley lo dice de las servidumbres ordinarias “á no hacer nada que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó á hacerla más incómoda,” art. 701. La comuna, á diferencia de los propietarios de fundos sirvientes, puede, en general, cambiar el estado de los sitios, y esto es lo que hace cuando rectifica una calle ó cuando la suprime. Ese es su derecho inalienable. Esta es ciertamente una gran diferencia entre las servidumbres que gravan la vía pública y las que gravan propiedades particulares. ¿Se inferirá de esto que no son servidumbres? La conclusión sería poco jurídica; en efecto, las convenciones de las partes interesadas pueden modificar los derechos del propietario dominante, agravar ó disminuir la carga de la heredad sometida, sin que la servidumbre deje de ser una servidumbre. Pues, bien, la modificación, que puede estipularse por convenios, resulta, en el caso que estamos estudiando, de la naturaleza del fundo sirviente.

133. ¿Qué cosa es, se dirá, un derecho que el propietario del predio sujeto puede destruir? ¿y qué cosa es un gravamen del que uno puede descargarse á voluntad? Nosotros contestamos que si la administración suprime las luces y las salidas al cambiar el estado de los lugares, estará obligada á indemnizar las propiedades ribereñas. ¡Cosa notable! Todos están de acuerdo en reconocer que los ribereños pueden reclamar una indemnización aun los que niegan que tengan aquellas una servidumbre; y la jurisprudencia también, aunque muy dividida, en el principio, se ha pronunciado en favor de los ribereños (1).

1 Esto está tan aceptado que las cortes ni siquiera dan motivos; admiten el derecho como un axioma (Sentencia de casación, de 5 de Julio de 1836, Dalloz, en la palabra “Propiedad,” núm. 151):

En nuestra opinión, el derecho de los ribereños, es evidente, y se desprende lógicamente del principio que acabamos de establecer. Si los ribereños tienen una servidumbre de vista y de salida en la vía pública, la administración no puede arrebatárles ese derecho sin indemnizarlos. Se ha sostenido lo contrario en Francia, al discutirse la ley de 24 de Mayo de 1842 sobre las porciones de caminos reales abandonados á causa del cambio de trazo ó de apertura de un nuevo camino. Si se parte del principio absoluto que pone la vía pública fuera del comercio, debe concluirse que el dominio público no puede ser desmembrado, ni, por consiguiente, gravado con una servidumbre. Pero esto es no tener para nada en cuenta el derecho de los ribereños. Como lo ha expresado muy bien el relator de la ley de 1842, M. Renouard, "la razón y la justicia jamás se avienen con estas tésis cómodas y parciales en las que triunfa la argumentación, y que, allí en donde existen dos principios, se ponen á sus anchas estableciéndose sobre uno solo y teniendo al otro como no presentado" (1). No discutimos el derecho del Estado, pero á su lado, está el derecho de los ribereños; el Estado puede suprimir las vistas y las salidas, si el interés de las comunicaciones lo exige, pero no puede hacerlo sin indemnizar á los ribereños.

La opinión contraria que no admite que los ribereños tengan un derecho de servidumbre en la vía pública y que, no obstante, les concede una indemnización, está demasiado embarazada para encontrar un fundamento para esta indemnización. Hay autores que reconocen un derecho á los ribereños, pero dicen que no es un derecho de servidumbre, que es un derecho *sui generis* (2). ¿Qué cosa es,

1 Renouard, Informe, en Dalloz, en la palabra "vía por tierra," título XLIV, p. 210

2 Féraud Giraud, "De las modificaciones en el derecho de propiedad," t. 2°, núms. 443 y 586, seguido por Dalloz, en la palabra *via-*

pues, ese derecho? ¿y de dónde nace? Es imposible definirlo y determinar sus caracteres. En el fondo, esta opinión no difiere de la nuestra sino por los términos. Nosotros admitimos también que los derechos de vista y de salida de los ribereños son servidumbres de una naturaleza especial; pero al menos decimos cuál es la naturaleza de estas servidumbres, y por qué no tienen ellas los caracteres de los derechos que se derivan de actos del hombre. Nuestra doctrina viene á parar en el mismo resultado práctico, pero nos parece más conforme con los principios. En cuanto á los autores que, á la vez que niegan que los ribereños tengan un derecho, les conceden una indemnización, son soberanamente inconsecuentes; basta leer á Pardessus para convencerse (1). El invoca la regla de equidad que á nadie permite que cambie de resolución en perjuicio de otro. ¡Singular argumento en lábios de un jurisconsulto! La equidad se dirige al legislador, el intérprete no puede fundar en ella un derecho. Al que reclamara una indemnización á nombre de la equidad, la comuna ó el Estado contestaría: Yo uso de mi derecho y no lesiono ningún otro, luego á nadie hago mal. Los ribereños, agrega Pardessus, tienen en su favor á la más poderosa de las autoridades, la fe pública, porque fundados en ella es como han abierto vistas y salidas. Esto es muy vago. Si la fe pública da un derecho á los ribereños, pueden entonces reclamar una indemnización, pero en este caso se vuelve á la opinión que estamos defendiendo. Más si los ribereños no tienen derecho, en vano apelarian á la fe pública, porque en ésta no se funda ninguna acción civil.

134. Hay todavía otras dificultades en esta materia. Todos conceden una indemnización á los ribereños. ¿Quiere

por tierra, núm. 122. En este sentido, Orleans, 5 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 2, 217).

1 Pardessus, t. 1º, ps. 99 y siguientes, núm. 41.

decir esto que éstos tienen una propiedad de que no pueden ser privados por vía de expropiación por causa de utilidad pública? De antemano hemos contestado á la cuestión. Los ribereños no tienen más que un derecho imperfecto que no pone ningún obstáculo á la libre acción de la autoridad administrativa; ésta puede cambiar el estado de los lugares como lo juzgue conveniente, sin que se vea detenida por los derechos de los ribereños. Estos no tienen más que un recurso de indemnización. Tal es la jurisprudencia de la corte de casación de Francia; ésta ha fallado en varias ocasiones que si un camino comunal se suprime regularmente, esta supresión implica la extinción de los derechos de servidumbre que los ribereños tenían en el camino, salvo que la comuna los indemnice. La indemnización puede consistir en otro paso, ó en daños y perjuicios (1). Aquí otra vez hay algo que chocará á los partidarios de los principios absolutos: preguntarán cómo pueden extinguirse los derechos de servidumbre de los ribereños por la venta de la heredad gravada de servidumbre. Y es que el predio sirviente, en el presente caso, depende del dominio público; y los ribereños no tenían derecho en él sino porque este dominio estaba destinado al uso de las propiedades ribereñas; luego desde el momento en que el predio sirviente cesa de pertenecer al dominio público, cesa de servir; es decir, en otros términos, que las servidumbres se extinguen. Si á pesar de esto los ribereños tienen derecho á una indemnización, es porque tenían un derecho de servidumbre fundado en una convención tácita, convención que implica que la administración, á la vez que conserva el derecho de cambiar el estado de los lugares, no puede hacerlo sino indemnizando á los ribereños.

1 Sentencias de 15 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 334), y de 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 276).

135. La indemnización supone un derecho lesionado. Luego cuando los ribereños han llevado á cabo una empresa en la vía pública sin derecho alguno, por tolerancia, aun cuando fuese por medio de una concesión, no tienen derecho á ninguna indemnización (1). Aquí vuelve á presentarse en toda su fuerza el principio de que las vías públicas están fuera del comercio, la administración puede tolerar lo que le parezca compatible con las necesidades de la comunicación; pero desde el momento en que se producen algunos inconvenientes, ella tiene el derecho y el deber de suprimir las invasiones; ella usa de su derecho sin lastimar un derecho, luego no debe ninguna indemnización; aun cuando hubiese concedido una autorización formal, ella puede siempre revocarla, sin estar obligada á indemnizar al concesionario, porque tales concesiones no dan ningún derecho.

El recurso de indemnización es una acción de daños y perjuicios; y para que haya lugar á éstos, no basta que se haya violado un derecho, se necesita también que se cause algún perjuicio: ¿cómo pedir la reparación de un daño cuando ninguno se ha experimentado? La comuna construye un edificio en una plaza pública, con lo que amengua la perspectiva de los ribereños; ¿quiere decir esto que deba indemnizarlos? Esta es una cuestión de perjuicio, es decir de hecho. Si la plaza pública, aunque restringida, queda bastante grande para que los ribereños ejerzan en ella sus derechos de vista, no pueden quejarse; es el único derecho que les da la convención tácita en la que se basan las servidumbres que les pertenecen; pero esta misma convención reserva todos los derechos de la comuna; ésta no se ha obligado á mantener en la plaza pública la extensión que ella tenía al hacerse las construcciones; ella

1. Durantou, t. 1º, ps. 102 y siguientes, núm. 41.

no puede ser obligada á dar indemnización, cuando simplemente disminuye las ventajas de que disfrutaban los ribereños. Acerca de este punto estamos de acuerdo con Pardessus (1).

Siendo la indemnización una cuestión de daños y perjuicios, el tribunal podrá tomar en consideración la ventaja que resultará á los ribereños de los cambios de que se quejan. Esto sucederá muy á menudo en caso de alineamiento. Un ribereño construye ó reconstruye en virtud de un nuevo alineamiento que hace avanzar en la vía á todas las construcciones ribereñas. Provisionalmente los que no están todavía en el caso de reconstruir, sufrirán algún perjuicio de las construcciones por las cuales sus vistas serán más ó menos obscurecidas y sus salidas estorbadas. Pero esta desventaja estará compensada por una ventaja mayor que sacarán más tarde del alineamiento. En este caso, se ha fallado que los ribereños no tenían derecho á ninguna indemnización (2).

136. Queda por saber quién debe pagar esa indemnización. En principio, la comuna, por cuyos actos se suprimió la servidumbre. Ordinariamente la comuna, cuando rectifica ó suprime una calle, vende el terreno que cesa de servir para la circulación pública. Si el contrato de venta nada dice de las servidumbres de vista y de salida, se extinguirán como acabamos de decirlo; salvo el recurso de indemnización contra la comuna. El comprador no estará obligado, porque no puede estarlo sino en virtud de su contrato, y nosotros estamos suponiendo que el contrato guarda silencio (3). Si la comuna quiere ponerse al abri-

1 Pardessus, t. 1º, p. 102, núm. 41. Proudhon, *Del dominio público*, t. 1º, núms. 365 y 366.

2 Fallo del tribunal de Huy, de 20 de Febrero de 1862 ("Información de las tribunales de 1ª instancia," por Cloes y Bonjean, t. 11, p. 210), con las observaciones de Cloves.

3 Lieja, 9 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 352).

go de este recurso, debe estipular en la escritura de venta ó que el comprador estará obligado á sufrir el ejercicio de los derechos de vista y de salida (1), ó que estará obligado á pagar una indemnización. Esta última cláusula es la más jurídica, porque las servidumbres se extinguen de pleno derecho desde el instante en que la calle cesa de formar parte del dominio público.

137. La aplicación de los principios que acabamos de establecer presenta nuevas dificultades, y la jurisprudencia manifiesta cuanta incertidumbre queda aún en los principios mismos. Se construye un canal; la nueva vía navegable debe atravesar un dominio; el Estado compra los terrenos de grado en grado, y en la escritura de venta se estipula que el Estado ejecutará cuatro puentes en el canal, que el servicio de la propiedad tendrá lugar por las calzadas del canal y que se harán los barandales necesarios para hacer fácil la aproximación. Surgieron algunas disputas entre los propietarios del dominio y la administración sobre la extensión y el alcance de estas cláusulas. Ante la corte de casación, el prefecto actor sostuvo á nombre del Estado, que la convención y la sentencia de la corte que la extendía á toda la propiedad establecían servidumbres sobre algunas dependencias del dominio público. Era incontestable que había servidumbre, é igualmente era incontestable que el canal formaba parte del dominio público del Estado. ¿Qué resolvió la corte? Que no se trataba del dominio público antiguo y reconocido, cuyo carácter fuese incontestable; que el canal de Nivernais formaba una parte nueva y recientemente constituida del dominio público; que el dominio, objeto del litigio, había sido adquirido con condiciones impuestas y aceptadas por convenciones voluntarias y recíprocamente obligatorias. La corte concluyó que no había en el caso

1 Lieja, 12 de Diciembre de 1835 (*Pasierisia*, 1835, 2, 358).

al debate, servidumbres constituidas sobre el dominio público, sino servidumbres convencionales (1). Sin duda que la servidumbre era convencional, pero ¿qué importa? ¿Por esto es menos cierto que gravaba el canal de Nivernais, y éste acaso no era una dependencia del dominio público? El canal estaba nuevamente construido; ¿y esto también, qué importa? ¿Se necesita que sea antigua una vía navegable para que pertenezca al dominio público? Estos motivos no se discuten; esta es una de esas decisiones que eluden las verdaderas dificultades, en lugar de abordarlas con franqueza. Había que decir: sí, esta es una servidumbre que una convención ha establecido en el dominio público. Cierro es que el canal no está en el comercio, pero el destino público del canal no impide que sea objeto de convenciones y de derechos que no pongan obstáculos á dicho destino; luego la servidumbre está legalmente constituida.

138. ¿Se puede tener una servidumbre en un paseo público? La cuestión ha sido negativamente resuelta por la corte de Poitiers, y Demolombe aprueba esa decisión. En la sentencia se dice que el paseo hacia el cual los ribereños habían abierto vistas estaba fuera del comercio, que el parque se destinaba al paseo y á fiestas públicas, que los ribereños no podían adquirir servidumbre en un terreno que estaba fuera del comercio, y el cual no tiene por destino procurar á los vecinos vistas y salidas (2). Creemos que la cuestión se ha planteado mal. Se trata de saber si un paseo ú otra dependencia cualquiera del dominio público puede gravarse con una servidumbre, cuando ésta no perjudica al destino de la cosa. Si se decide la cuestión afirmativamente, como lo hemos hecho, hay que examinar si de hecho las vistas de los vecinos impiden á

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 515).

2 Poitiers, 31 de Enero de 1837 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 67). Demolombe, t. 12, p. 199, núm. 698.

los habitantes pasearse por el parque. Esto no es discutible. ¿Acaso los transeuntes que vagan por las calles y plazas no son vistos por los ribereños? ¿y esto les impide pasar y vagar? ¿Los que se pasean en un parque están impedidos de hacerlo porque los ven desde las casas contiguas? ¿No es para ser vistos por lo que un buen número de individuos se pasean en un parque? No insistimos; todos los que alguna vez hayan frecuentado un parque cualquiera serán de nuestro parecer.

139. Nuestra opinión ha sido consagrada por la corte de Nancy en un caso más serio. Los muros de las plazas de guerra forman parte del dominio publico, luego están fuera del comercio. Ahora bien, el muro, objeto del litigio, se construyó en 1701, en virtud del tratado de Riswick, para completar el recinto de la ciudad de Nancy; luego, por este título, estaba fuera del comercio; además, servía para asegurar la percepción de los derechos aduanales y la ejecución de las medidas de policía que la seguridad pública puede exigir. Sin embargo, un propietario practicó aberturas en el muro de la ciudad, y abrió luces en el muro de su casa, construido encima del de la ciudad; doble servidumbre, dice el tribunal de Nancy, contra la cual estaba reclamando el destino del muro. La corte de apelación resolvió que á la verdad el muro de la ciudad estaba fuera del comercio, pero que todo lo que de ello resultaba, era que el propietario de la casa contigua no podía llevar á cabo en él ninguna empresa contraria al destino de la cosa; tales eran evidentemente las aberturas que él había practicado en el muro de la ciudad. ¿Pero en qué estorbaban á los empleados de la aduana los muros abiertos en el propio muro del propietario? La defensa de la ciudad no entraba en consideración. Estas vistas, dice muy bien la corte, lejos de embarazar las medidas de policía y de vigilancia que el muro está destinado á

proteger, hacen por el contrario, más difícil el fraude. Era llegado, pues, el caso de aplicar el principio que permite construir servidumbres en una cosa del dominio público, con tal que no se pongan obstáculos al destino de la cosa (1).

140. Las iglesias, que tienen un destino público, están fuera del comercio, pertenecen al dominio municipal. Se ha fallado que los propietarios contiguos no podían adquirir la medianería del muro de la iglesia. La decisión es jurídica, con una restricción, no obstante; los términos de las sentencias son de tal modo generales que parece que proscriben toda especie de servidumbre en una iglesia (2). Esto es demasiado absoluto; hay que aplicar á las iglesias el principio general que rige á los bienes colocados fuera del comercio. Luego hay motivo para distinguir; si la servidumbre es incompatible con el servicio del culto, con el decoro que éste exige, no podrá establecerse, y á toda hora podrá pedirse la supresión. Pero si la servidumbre en nada estorba el destino de la iglesia, no hay razón para introducir una excepción de los principios generales: tal sería la servidumbre que consistiere en soportar el gravamen del vecino. Este es el parecer de Troplong, y creemos que es el bueno (3).

La corte de Gante ha aplicado el mismo principio á los cementerios. En tanto que éstos conserven su destino público, se hallan fuera del comercio. La corte hace constar, sin embargo, que en Flandre existen pasos públicos para los transeuntes de á pie en casi todos los cementerios que rodean las iglesias de las comunas rurales. Y es que el paso no impide que el cementerio sirva para los sepe-

1 Nancy, 31 de Enero de 1858 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 76).

2 Tolosa, 13 de Mayo de 1831, y sentencia de casación, de 5 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 451). Compárese, Daloz, en la palabra *dominio público*, núms. 58 y 59.

3 Gante, 8 de Mayo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 175).

lios, porque no se hace ninguna inhumación en la parte reservada á los transeuntes (1).

141. No debe confundirse el dominio privado del Estado con el dominio público. El primero se halla en el comercio; luego puede estar gravado con servidumbres. Cosa notable, y que viene en apoyo de nuestra doctrina; en el antiguo derecho todas las partes del dominio del Estado tenían sobre sí la inalienabilidad, y por consiguiente eran imprescriptibles. Pero la inalienabilidad no impedía el establecimiento de servidumbres. Esto parece poco lógico y una derogación del rigor del derecho. A decir verdad, no había inconsecuencia, porque los motivos que han hecho que se establezca la inalienabilidad del dominio de la corona, nada tienen de común con las servidumbres. Según nuestro derecho moderno, los bienes del Estado son enagenables y prescriptibles; luego también están sometidos al derecho común en materia de servidumbres. Se ha fallado, por aplicación del principio, que el derecho de paso por causa de enclave puede adquirirse por prescripción en un inmueble dependiente del dominio privado del Estado (2). Más adelante examinaremos si dicho paso puede adquirirse por prescripción. Se ha fallado también, conforme al mismo principio, que el art. 671 se aplica á los bosques del Estado como á los de los particulares (3). Más adelante volveremos á ocuparnos de esta disposición.

142. El art. 637 dice que los dos predios deben pertenecer á propietarios diferentes. Esta es la aplicación del viejo proverbio que nadie puede tener servidumbre en su cosa propia. El propietario de dos predios puede muy bien hacer servir uno de los predios para el otro, pero es-

1 Troplong, *De la prescripción*, núm. 173. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *dominio público*, núm. 59.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Enero de 1848 (Dalloz, 1848. 1, 5).

3 Sentencia de casación, de 13 de Marzo de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 89). Compárese el tomo 8º de esta obra, núm. 93.

te uso es el ejercicio de su propiedad: esto es el de la libertad y no un derecho de servidumbre. Más adelante veremos con qué condiciones puede una servidumbre nacer de este destino del padre de familia.

143. ¿Las dos heredades deben ser contiguas? Hay leyes romanas que parece que exigen la contigüidad, á la vez que admiten algunas excepciones á la regla. Durantón ha reproducido esta doctrina (1); supuesto que, dice él, se establecen las servidumbres para utilidad de los predios, se necesita, para que pueda alcanzarse tal objeto, que las heredades sean contiguas. Dumoulin, al contrario, sostenía que esta opinión era errónea (2), y su parecer es el que implícitamente han consagrado los autores del código civil. El art. 637, en el proyecto adoptado por el consejo de Estado, establecía que las heredades debían ser *vecinas*. El Tribunado propuso que se suprimiera la palabra *vecinos*. "Puede haber, decía el Tribunado heredades intermedias entre la heredad á la que es debida la servidumbre y aquella que la debe." Se lee en el informe rendido al Tribunado por Albisson, que "la condición de vecindad no es de tal manera esencial, que sea indispensable en una buena definición (3).

Resulta de aquí que la *contigüidad* no es una condición requerida para la validez de la servidumbre. Se concibe, en efecto, que un predio no contiguo pueda prestar un servicio á otro predio. Dos predios no son contiguos cuando están separados por un predio intermedio; ahora bien, la existencia de este último, puede que no sea un obstáculo para el ejercicio de la servidumbre: tal sería un cami-

1 Tal es la teoría romana: los juriscónsultos exigen la *vecindad* pero no la *contigüidad* (Elters, *Die Servitutenehre*, p. 166, pfo. 18).

2 Durantón, t. 5º, p. 491, núm. 454. Dumoulin, "Traotatus de dividuis et individuis," 3ª parte, núm. 359, t. 3º, p. 252)

3 Observaciones del Tribunado, núm. 1 (Loaré, t. 4º, p. 173), Informe de Albisson, núm. 3 (*ibid.*, p. 183).

no público, ó el obstáculo puede ser nada más parcial ó temporal. Se ve que la cuestión es de hecho más bien que de derecho. Sucede lo mismo con la *vecindad*. En general, los predios deben ser vecinos para que uno traiga ventaja al otro. ¿Puedo estipular el derecho de tomar agua de una fuente, cuando no tengo predio en las cercanías de la fuente? La servidumbre sería inútil para mí, y las servidumbres sólo se han establecido para utilidad de las heredades. Sin embargo, el Tribunado tuvo razón en no considerar la vecindad como una condición esencial del establecimiento de las servidumbres. Puede suceder, en efecto, que por lejos uno de otro que estén los predios, el gravamen impuesto á uno de ellos procure una utilidad al otro. El derecho de tomar agua, aunque sea á mucha distancia, puede ser de gran utilidad, si en las cercanías no la hay. El legislador ha hecho bien en atenerse en este particular á las partes interesadas; ellas se cuidarán de estipular, es decir, de pagar derechos inútiles. Por este motivo es por lo que no insistimos en cuestiones que se discuten en la escuela y que se ignoran en la práctica (1).

Núm. 2. Un gravamen ó un servicio.

144. El art. 686 dice que la servidumbre debe establecerse para *un predio*, lo que significa, según el art. 637. que se impone un gravamen á una heredad para el *uso* y *utilidad* de otra. Este es un carácter esencial de la servidumbre; si el legislador ha admitido estas restricciones al derecho de propiedad, es porque procuran una ventaja á otro predio: el uno se disminuye, el otro se aumenta. La heredad dominante es la que debe adquirir esta mejora, y no porque un predio pueda ejercer un derecho; pero

1 Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 63, notas 11-12 y las autoridades allí citadas.

se necesita, al menos, que todos los que ocupan el predio se aprovechen de la servidumbre. Tal es un derecho de paso; todos los que habitan en la casa se aprovechan necesariamente del derecho que les permite pasar por el predio del vecino. Pero, dicen los jurisconsultos romanos: yo no puedo estipular, á título de servidumbre real, el derecho de pasearme por el jardín del vecino, ó de cortar flores y frutas (1); porque este derecho lo estipulo para un placer personal, y no para ventaja de un predio y de los que en él habitan. Así, pues, tal derecho no se podría estipular sino á título de servidumbre personal. ¿Quiere decir esto que el gravamen no puede consistir en un placer que se procure al predio dominante? El código dice *uso y utilidad*; pero lo que decía Argentrè del embellecimiento de una ciudad, puede decirse del placer que procura el aspecto de una casa; lo que es bello y agradable es por lo mismo ventajoso. Esto se ha admitido siempre, y el código consagra implícitamente la doctrina tradicional, al decir en el art. 686 que se permite á los propietarios que establezcan las servidumbres que les parezca bien, con tal que no se impongan á favor de una persona, sino en provecho de un predio. Tal es la servidumbre de vista, que la procura agradable á los habitantes de una casa. Esto no ofrece duda alguna, por lo que es inútil insistir. Pero si del gravamen impuesto á un predio no resultase ventaja alguna para el pretendido predio dominante, no sólo no sería una servidumbre, sino que como lo expresa el tribuno Albisson la estipulación sería absolutamente nula (2) porque de ello no resultaría ninguna acción.

145. De aquí se desprende una consecuencia muy importante, y es que un derecho estipulado en apariencia á favor de un predio no es una servidumbre real, si no apro-

1 Pablo, en la ley 8, D., de *servit.* (VIII, I):

2 Albisson, Informe núm. 3 (Loché, t. 4º, p. 185).

vecha realmente más que á la persona del estipulante. El principio es evidente, puesto que se halla escrito en el artículo 686, el cual prohíbe que se estipulen servidumbres en favor de la persona; pero la aplicación presenta grandes dificultades, porque con frecuencia es difícil resolver si el gravamen se establece á favor de la persona ó del predio. Se necesita, en cada caso, examinar si el predio obtiene una ventaja del gravamen, es decir si todos los habitantes del predio lo aprovechan.

En otro tiempo había una concesión muy usada que otorgaba el derecho de tomar en un bosque la leña necesaria al concesionario y á su familia. Para que este derecho constituya una servidumbre real, se necesita, antes que todo, que se estipule en favor de un predio. En este caso sí hay servidumbre. No puede decirse que el derecho real no está estipulado sino á favor de la persona, porque las casas necesitan leña para que puedan estar habitadas. Luego todos los que ocupan la casa se aprovecharán de la servidumbre, y por consiguiente, el gravamen está establecido en favor del predio (1).

146. ¿Sucede lo mismo con el derecho de caza? Esta es una cuestión de mucha controversia, y en efecto, hay alguna duda. Es claro que yo puedo estipular el derecho de caza en el terreno ajeno. Nada tan frecuente como semejantes convenios; pero ¿cuál es su naturaleza y cuáles sus efectos? Ordinariamente es un arrendamiento; en este caso, es claro que el derecho que resulta para el tomador es un derecho de crédito. Se pregunta si la facultad de cazar puede también ser consentida á título de derecho real, sea como servidumbre personal, sea como servidumbre real. Cazar es uno de los atributos de la propiedad, luego es una de las utilidades inherentes al predio; la cuestión consiste en saber si puede desprenderse en pro-

2 Pardessus, t. 1º, pá. 28-31, núm. 11.

vecho de una persona ó en provecho de una heredad. Ya hemos encontrado la primera cuestión y la hemos resuelto afirmativamente (tomo VI, núm. 86, y este tomo núm. 108). Queda por saber si el derecho de cazar puede estipularse á título de servidumbre real. En derecho romano, no se le admitía (1); y tal es todavía el parecer de la mayor parte de los autores bajo el imperio del código civil (2). Se dice que el derecho de cazar no procura utilidad y placer más que al cazador; que de tal derecho ninguna mejora se consigue para el predio en cuyo provecho se estipula. Esto es la verdad, y aun puede agregarse que no hay placer más personal que la caza; es una pasión y qué cosa hay más individual que un placer que las más de las veces se lleva hasta la pasión? Nosotros creemos que la opinión general se funda en los verdaderos principios; ¿pero no es demasiado absoluta? Demolombe dice que jamás se hallará un caso en el cual el derecho de caza mejore una heredad (3). Supongamos un parque destinado á la caza: el propietario estipula el derecho de cazar en las tierras vecinas en provecho de dicho parque. He aquí ciertamente un derecho establecido en una heredad para la utilidad de otra; el parque de caza, como tal, será el que se mejore; luego habrá servidumbre. He aquí un caso que se ha presentado ante la corte de casación. Por una concesión de 8 de Junio de 1506, el señor de Soulaines otorgó á los habitantes de la comuna el derecho de caza, al mismo tiempo que los de pasturaje y recolección de bellotas. ¿Cuál es la naturaleza del derecho que resulta de esta concesión? Por una parte, afecta al predio en el cual puede ejercerse, por el derecho que da al concesionario de penetrar y de perseguir á los animales; por otra parte, es in-

1 Elvers, "Die römische servitutenlehre," pfo. 16, p. 150.

2 Véanse las autoridades en Dalloz, en la palabra *servidumbre*, número 56. Aubry y Rau, t. 3^o, p. 62 y nota 5.

3 Demolombe, t. 12, p. 192, núm. 687.

herente á la habitación en la comuna, y no á la persona del habitante, porque éste lo pierde desde el momento en que se aleja de la comuna: luego es un derecho en un fundo y á favor de un fundo, y por lo tanto, una servidumbre real (1). Podrían invocarse los considerandos de la sentencia para deducir que en todos los casos es real el derecho de caza estipulado para una heredad. Esto sería, á nuestro juicio, sobrepasar el pensamiento de la corte, la cual ha estatuido sobre una hipótesis particular en la cual el derecho de caza no es ya un placer individual, sino una facultad general concedida con el mismo título que el pasturaje y la cosecha de bellota á todos los que habitan la comuna; pierde con esto el carácter personal que le impide ser objeto de una servidumbre real. Nuestra conclusión es que el derecho de caza puede desmembrarse de la propiedad, sea á título de derecho de uso, sea á título de servidumbre real, pero, en este último caso, es preciso que ese derecho procure alguna utilidad á las heredades por cuyo interés se ha establecido, lo que no sucede sino en circunstancias excepcionales.

147. ¿Se puede estipular, á título de servidumbre, un gravamen en un predio, por interés de la industria que se ejerce en otro predio? Reina grande incertidumbre sobre esta cuestión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Antes que todo, debe precisarse el sentido de la regla establecida por el art. 686, por cuyos términos los servicios establecidos no pueden imponerse ni á la persona ni en favor de la persona, sino únicamente á un predio y por un predio. Lo que caracteriza á la servidumbre real, es que el servicio lo debe el predio sirviente; es, pues, necesario que sea una utilidad desprendida de este predio por interés del dominante. Si la persona es la que presta el servi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 14)

cio, es decir, si el servicio es de tal naturaleza que no pueda prestarse sino por la persona y no por un predio, ya no es cuestión de servidumbre. Tal sería el gravamen estipulado con el nombre de servidumbre, y consistente en que los habitantes de una comuna traquearan los estanques durante la noche; ó labrarán los campos en provecho de un predio dominante. En otro tiempo estos gravámenes se imponían á título de servidumbre personal; no se les puede restablecer como cargas reales, porque es bien patente que no son un servicio prestado á una heredad por otra, sino una obligación impuesta á la persona en favor de una persona, es decir, un derecho de crédito y no un derecho real.

Tal es el sentido de la regla establecida por el art. 686, cuando se considera la servidumbre como una carga. Los mismos principios se aplican á la servidumbre considerada como derecho. La cuestión consiste en saber si una carga que fuese un desmembramiento del fundo sirviente puede estipularse en provecho de una persona. En el antiguo derecho, se admitía que toda servidumbre real podía volverse personal, si se estipulaba en provecho de una persona, en lugar de serlo para un predio (1). El código ya no lo permite, y hasta parece prohibirlo de una manera absoluta. En este sentido es como se expresa el orador del Tribunado; él ve en toda servidumbre establecida á favor de una persona una de esas servidumbres que el feudalismo había inventado, y es, dice él, para suprimir la vía por la cual habrían podido reproducirse por lo que el código prohíbe que se estipule una servidumbre en un predio á favor de una persona (2). Sin embargo, la prohibición del art. 686 no es tan absoluta como parece. Gillet dice que en otro tiempo se comprendían entre las servi-

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, pfo. 4º, núm. 4.

2 Gillet, *Discurso* núm. 12 (Loché, t. 4º, p. 195).

dumbres personales el usufructo, el uso y la habitación, pero que, conforme al código civil, estos derechos se tratan como apéndice de la propiedad. Ya hemos dicho que los autores del código han proscrito en vano el nombre de servidumbres personales, puesto que han mantenido el usufructo, el uso y la habitación, que son verdaderas servidumbres establecidas en provecho de una persona. Resulta de esto una grave modificación á la regla, en apariencia absoluta del art. 636; y es que se pueden separar de la propiedad, á título de derechos reales, los diversos usos que se sacan del fundo, estableciéndolos en provecho de una persona (1). ¿En qué sentido debe entenderse la prohibición de estipular una servidumbre para una persona? En que no puede haber más servidumbres personales que las que el código mantiene con el título de usufructo, de uso y de habitación; todo gravamen en un fundo que no entre en una de estas servidumbres no puede ya estipularse á título de servidumbre personal.

148. ¿Quiere decir esto que ya no se puede estipular un gravamen en provecho de una persona? Ciertamente que sí se puede á título de obligación, pero no á título de servidumbre, es decir de derecho real, salvo las tres excepciones que acabamos de recordar. Y son grandes las diferencias entre las cargas reales y las personales. Un derecho estipulado á título de servidumbre en un fundo permanece inherente á éste, sea cuales fueren las manos á cuyo poder pase la heredad sirviente; el fundo es el que debe el servicio, y lo debe por todo el tiempo que subsiste, si es una servidumbre real, y por toda la vida del usufructuario ó del usuario, si es una servidumbre personal. Mientras que la obligación personal ó el derecho de cré-

1 Véase el núm. 108. Compárese Demolombe, t. XII, p. 184, núm. 675. Aubry y Rau t. III, p. 62, nota G. Demante, t. II, p. 635, núm. 541 bis, I y II.

dito es inherente á la persona del deudor; pasa á sus herederos, pero no á los retentores del predio. El que no tiene más que un derecho de crédito no puede, pues, perseguir los bienes de su deudor hasta en las manos de un tercero, mientras que el derecho real sí da ese derecho. Por último, el que no está obligado personalmente puede librarse del gravamen que pesa sobre él como retentor del fundo, abandonando éste. Déjase entender que el deudor personal jamás puede desligarse del compromiso que ha contraído (1).

Puede suceder que un solo y mismo derecho se haya estipulado ó como derecho de crédito ó como derecho real. En la doctrina consagrada por la jurisprudencia, pasa esto con el derecho de caza, que puede ser objeto de un arrendamiento, de una servidumbre personal ó de una servidumbre real. Todos admiten que el derecho de paso puede establecerse en un predio á favor de una persona á título de uso, luego de servidumbre personal; este mismo derecho es una de las más frecuentes servidumbres reales y puede también estipularse como un derecho de crédito. Se aplicarán, según los diversos casos, los principios que rigen las obligaciones, las servidumbres reales ó las personales. Pero puede ser dudoso si el derecho es un crédito, una servidumbre real ó una servidumbre personal. En lo que debe uno fijarse es menos en los términos de que se han servido las partes cuanto en la naturaleza del derecho y la intención de los contrayentes. Sobre todo, debe tenerse en cuenta la regla fundamental establecida por el art. 686; para que el derecho sea una servidumbre real, debe ser debido por un predio y en favor de un predio; para que un derecho sea una servidumbre personal, se necesita que pueda considerarse como un derecho de

1 Pardessus, t. 1, págs. 19 y 20, núm. 9; Demolombe, t. 12, p. 177 núm. 671; Mourlon, *Repeticiones*, t. 1, págs. 747-749.

usufructo, de uso ó de habitación; por último, todo derecho puede ser un derecho de crédito, si la persona sola está obligada, y si la persona sola tiene un derecho. Pero si los principios son sencillos, no pasa lo mismo con su aplicación: y veremos que un autor que goza de gran reputación ha resuelto el pró y el contra en una sola página (1).

149. Para que la cuestión pueda agitarse, se necesita suponer que hay dos predios; un gravamen se impone á uno de ellos por interés del comercio ó de la industria ejercido por el propietario del otro predio: ¿hay servidumbre ó derecho de crédito? A nuestro juicio, jamás hay servidumbre; en efecto, la carga, aun cuando, gravase un predio, no sirve para la utilidad de otra heredad porque el interés del comercio ó de la industria es un interés enteramente personal al comerciante ó al industrial y no un interés de la heredad; luego de una semejante estipulación no puede resultar más que un derecho de crédito; no podría ser cuestión de una servidumbre personal, puesto que el comerciante ó el industrial no tiene ningún derecho sobre un predio sirviente. Cœpolla supone que el vendedor estipula que el comprador de una casa no podrá establecer en ella un comercio rival; y decide que este convenio no engendra servidumbre, sino únicamente una obligación personal, si el vendedor no tiene otra casa en cuyo provecho se estipule el gravamen; pero si el vendedor tiene una casa en la que ejerce el mismo comercio, la convención, dice él, equivaldrá á servidumbre (2). Demolombe hace decir á Cœpolla que, en el caso mismo en que el vendedor tuviere dos casas, no resultaría más que un derecho de obligación de este convenio, y agrega que esta solución

1 Pardeussus, t. 1º, p. 25, núm. 10. Demolombe, t. 12, p. 182 número 679.

2 Cœpolla, *Tractatus de servitutibus*, 1º, 12, p. 19.

le parece *generalmente* exacta en nuestros días. En seguida, el jurisconsulto francés pregunta si la cláusula por la cual el propietario de una casa tuviese el derecho de impedir al dueño de un terreno vecino ejercer en él una industria rival de la suya, *podría según los casos*, engendrar una servidumbre (1). Nosotros citamos este ejemplo para prevenir á nuestros jóvenes lectores contra un lenguaje vago, de doble sentido, que permite resolver el pró ó el contra. La cuestión es una cuestión de principios, y debe contestarse categóricamente. Nosotros no aceptamos la distinción de Cœpolla. Una heredad no es ni comerciante ni industrial, como un fundo es necesariamente agrícola; sólo por aptitudes especiales se vuelve industrial ó comerciante; luego es por una profesión especial por lo que se estipula el gravamen que consiste en desviar á los rivales; todo esto es personal y de ello no puede resultar más que una obligación personal (2)

La jurisprudencia vacila tanto como la doctrina. Una cláusula de una venta prohíbe que un molino de aceite se transforme en uno de centeno. Se ha fallado que esta convención no tiene por objeto más que la concurrencia y la limitación de la industria, y que, por lo tanto, no tiene ninguno de los caracteres que constituyen un servicio predial, y que de ella no puede resultar más que una obligación personal (3). La misma decisión en un caso análogo. Un propietario explota en su dominio las cenizas piritosas que contiene; vende á su antiguo administrador un molino, y el suelo en el cual este molino está establecido encerraba también cenizas minerales útiles á la agricultura. Se convino en la escritura de venta que “el adquirente ó sus co-participes no podrían bajo ningún pretexto hacer

1 Demolombe, t. 12, p. 185, núm. 685.

2 Compárese, Pardessus, t. 1º, ps. 32 y siguientes, núm. 11.

3 Bruselas, 8 de Marzo de 1809. En el mismo sentido, Lieja, 25 de Agosto de 1811 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 24, 1º y 2º).

ninguna extracción de escoria en los terrenos vendidos, sin haber obtenido el consentimiento del vendedor, condición sin la cual no habría tenido lugar la venta." La corte de Amiens decidió que esta convención no constituía una servidumbre, porque no se había establecido por utilidad de otra heredad, que únicamente tenía por objeto poner al vendedor al abrigo de la competencia que el comprador podía hacerle en la explotación de su industria; de donde la corte concluye que el compromiso contraído por el comprador era puramente personal. A recurso interpuesto, la corte de casación mantuvo la sentencia, pero sin decidir la cuestión en principio (1).

Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación. Un propietario da en arrendamiento una banda de tierra contigua á una casa en donde el arrendador tenía una taberna; el tomador se veda á perpetuidad, para él y los suyos, abrir ó hacer abrir una taberna en las casas que se construyen en aquel terreno. Con desprecio de esa cláusula, el inquilino de uno de los edificios abre una taberna. El tribunal de Rouen resolvió que la cláusula prohibitiva era nula, porque violaba la libertad de industria y de comercio proclamada por la constitución. A recurso de casación, su sentencia se casó; la corte de casación vió en esta cláusula una servidumbre real (2). Nos parece que hay error de una y otra parte. Aquello no era una servidumbre, porque la convención tenía únicamente por objeto desviar la competencia. La cláusula no era nula, porque no era concerniente más que á intereses privados con los cuales las partes pueden hacer los convenios que estimen convenientes.

150. Por el contrario, habría servidumbre en el caso

1 Amiens, 19 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 2, 109). Sentencia de denegada apelación de 8 de Julio de 1851 (*ibid*, 1851, 1, 188).

2 Sentencia de casación, de 4 frimario, año III (Daloz, *servidumbre*, núm. 51).

siguiente: el que teniendo dos casas vende una de ellas con el gravamen de que el comprador ó sus co-interesados no establezcan jamás una taberna. Aquí puede aplicarse la distinción de Coepolla. El estipulante tiene una casa contigua á la que él vende, y á la cual impone aquel gravamen. Considerado pasivamente, el gravamen es un desmembramiento de la propiedad; el comprador tiene derecho, como propietario, de hacer de su cosa lo que se le ocurra, de establecer una taberna si esto le acomoda; el gravamen al cual se somete restringe su derecho. Esta restricción á la que somete á su heredad tiene por objeto la utilidad de la heredad del vendedor. En efecto, las tabernas son una causa de trastorno para el vecindario; el ruido, las disputas, con frecuencia el baile y la música perturban el reposo de los vecinos. La heredad en cuyo provecho se estipula el gravamen está, pues, mejorada. He aquí bien marcados los caracteres de la servidumbre (1).

Otra cosa sería si el gravamen no procurase ninguna utilidad apreciable á la heredad para la cual se impone. Así es que yo no puedo estipular á título de servidumbre que el comprador ó el propietario vecino no establezca una escuela en su casa ó que no funde un convento. Una escuela puede no convenir á los gustos del estipulante, un convento puede ser antipático para otro; pero éstas son repugnancias personales, que nada tienen de común con el mejoramiento de la heredad dominante; el ruido que hacen los escolares no puede compararse con las saturnales de una taberna. Así, pues, la utilidad que el gravamen procura á la heredad es lo que decide la cuestión. Si el predio dominante fuese un hospital, que, en razón de su

1 Pardessus, t. 1^o, p. 31, núm. 11. Véase, fallo del tribunal de Gante, de 3 de Abril de 1860 (*Belgica judicial*, t. 18, p. 792). Este fallo no es contrario á nuestra opinión, porque se pronunció en un caso en que la prohibición tenía por objeto desviar la competencia. Luego entraba en la cuestión discutida en el núm. 149.

destino, debe gozar de la mayor tranquilidad, se podría estipular, á título de servidumbre, que los vecinos no estableciesen una profesión ruidosa. Semejante estipulación produciría también una servidumbre si se hiciere á favor de un particular, con tal que las profesiones excluidas sean realmente molestas al vecindario. Habría que hacer una restricción si la perturbación fuese puramente personal para determinado vecino, por ejemplo si éste fuere un hombre de estudio ó si estuviera enfermo; en este caso, se estipularía el gravamen en provecho de la persona, y por consiguiente no crearía servidumbre.

151. La corte de casación se ha hallado en conflicto con los de apelación en la interpretación de un contrato, en que las cortes imperiales vieron una servidumbre y la corte suprema una obligación. Los habitantes de una comuna disfrutaban, desde tiempo inmemorial, del derecho de cortar en una selva rodrigones para vides. En 1828 se celebró entre el propietario de la selva y la comuna, una transacción, que en substancia era que la comuna renunciaba á su derecho de uso llamado de *arrodrigonar* y á todo género de usos en la mencionada selva; el propietario se obligaba á proporcionar anualmente y á perpetuidad 320,000 rodrigones, y se hipotecaba la selva en seguridad de esa obligación. En 1853, habiéndose vendido la selva á diversos propietarios, uno de los compradores se puso á desmontar. La comuna sostuvo que el desmonte era un ataque á su derecho de servidumbre. De aquí la cuestión de saber si había servidumbre. La corte de Dijón se pronunció á favor de la comuna. El gravamen, dijo ella, se impone á un predio para utilidad de otros inmuebles: dicho gravamen sigue al predio sirviente sean cuales fueren las manos en que venga á parar; luego todo es real en esta convención, y por lo tanto hay servidumbre. Nó, dice la corte de casación; porque la transacción ha tenido por

objeto abolir el derecho de uso, derecho real, y reemplazarlo por una prestación anual de rodrigones que no es más que un derecho de crédito: lo que lo prueba es que la comuna declara no pretender más al ejercicio de ningún derecho de arrodigonamiento ni á otros usos, sean los que fueren (1).

La corte de Lyon aceptó el parecer de la de Dijon, y creemos que falló perfectamente. Se trataba de saber si la comuna había renunciado á su derecho real de uso; ahora bien, los motivos por los cuales transigieron las partes y los términos mismos de la transacción prueban que no era esa su intención. Los habitantes cortaban ellos mismos los rodrigones, sin distinción entre las especies permitidas y las prohibidas, y esto con gran detrimento de la selva. Convínose, pues, en un nuevo modo de ejercer el derecho de arrodigonamiento, como formalmente lo expresa la escritura de transacción. Esto decide la cuestión, porque el derecho de arrodigonamiento es un derecho real, y no cambia de naturaleza por el cambio en la manera de ejercerlo. Había, en verdad, en la transacción, ciertas expresiones que se podían interpretar en el sentido de la corte de casación, pero no se debía aislarlas del objeto esencial de la convención sobre la cual no había duda alguna. No hubo recurso contra tal decisión de la corte de Lyon; pero la comuna, atacó la sentencia en que había fallado que la servidumbre de arrodigonamiento no impedía que uno de los adquirientes desmontase su lote, y la corte de casación le hizo ganar el pleito. El art. 701 es formal: el propietario del predio sirviente no puede operar en el estado de los lugares ningún cambio que tienda á disminuir el asiento de la servidumbre y las garantías

1 Dijon, 7 de Diciembre de 1855, y sentencia de casación, de 20 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 402).

dadas para asegurar su ejercicio (1). Volveremos en lo de adelante á tratar este punto.

Se pregunta cómo juzgarán los tribunales en caso de duda, y las dudas no escasean en esta materia. ¿Debe presumirse que hay servidumbre real más bien que derecho de crédito ó servidumbre personal? Se pretende que se tendría á las partes como que han establecido una servidumbre real (2). Creemos que nada absolutamente debe presumirse, por la razón de que la ley no establece presunción, y ¿puede haber una presunción sin ley? Al juez corresponde interpretar los actos, investigando en ellos la intención de las partes. El no está coartado por ninguna ley, salvo las disposiciones que el código contiene acerca de la interpretación de las convenciones. El art. 1156 dice: "Debe buscarse en los convenios cuál ha sido la común intención de las partes contrayentes, más bien que detenerse en el sentido literal de los términos." Es, pues, preciso no dar demasiada importancia á las expresiones servidumbre ú obligación de que se sirven las partes; lo que debe considerarse de preferencia es la naturaleza del derecho, la utilidad que se ha tenido como mira. El art. 1157 asienta otra regla: "Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe entenderla más bien en el sentido con el cual puede tener algún efecto, que en el sentido con el cual no podría tener ninguno." Luego si una convención establece un gravamen sobre una heredad á título de derecho real, pero que haya duda acerca del punto de saber si el gravamen está estipulado en favor de la persona ó de un predio, hay que pronunciarse por la servidumbre real, supuesto que, por los términos del art. 686, la estipulación de una servidumbre personal es nula en principio.

1 Lyon, 8 de Julio de 1858, y sentencia de casación, de 7 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 293).

2 Daloz, *Servidumbre* núm. 28.

Núm. 3. Realidad de la servidumbre.

152. El código considera la servidumbre como una carga que grava al predio sirviente. Puede también considerarse como un derecho establecido á favor del fundo dominante. Así es como Pothier define la servidumbre: el derecho que tiene el propietario de una heredad sobre otra vecina para la comodidad de la suya. Domat dice también que la servidumbre es un derecho que somete á un predio á algún servicio para el uso de otro predio. Hay en esto derechos reales así como obligaciones: no hay obligación sin un derecho correlativo, no se concibe un deudor sin un acreedor. Del mismo modo si un fundo está gravado con un gravamen, esto supone otro fundo para cuya utilidad se ha establecido aquel gravamen. Decimos que otro fundo, supuesto que por los términos del artículo 686, la servidumbre no puede establecerse en provecho de la persona. En materia de obligaciones, un solo y mismo derecho es el que se llama crédito cuando es activo y deuda cuando es pasivo. La servidumbre es también la misma, sea que se la considere pasivamente como un gravamen, ó activamente como un derecho; lo que la caracteriza es la realidad; el gravamen es real, y real es el derecho. Está clasificado entre los derechos que son inmuebles, por el objeto á que se aplican, art. 526. A diferencia del usufructo que puede ser mobiliario ó inmobiliaria, las servidumbres son necesariamente inmobiliarias, supuesto que se ejercen siempre en un predio y en provecho de otro.

Hay aun otra diferencia entre las servidumbres personales y las servidumbres reales. Las primeras son derechos desprendidos de la propiedad, la cual se halla desmembrada; el propietario no lleva ya este nombre, se le llama nudo propietario; una parte de su derecho pertene-

ce al usufructuario ó al usuario, los cuales, en este sentido, son igualmente propietarios. Puede también decirse de la servidumbre, que es una propiedad; pero esta propiedad no tiene existencia distinta separada de la heredad dominante; como lo expresan los jurisconsultos romanos, las servidumbres son calidades del predio dominante y del predio sirviente (1); y no se concibe que una calidad se desprenda de la cosa. Siguese de aquí que, á diferencia del usufructo, las servidumbres no pueden venderse ni alquilarse separadamente del predio dominante, ni, por consiguiente, hipotecarse. Ellas siguen al predio, sea como derecho, sea como gravamen.

153. El derecho de prosecución es una consecuencia de la realidad de la servidumbre. Una calidad queda inherente al predio sean cuales fueren las manos á que pase. No es necesario que la servidumbre se declare en la escritura translativa de propiedad, sea del fundo sirviente, sea del dominante: el fundo se transmite con todas sus calidades. Esto es tan elemental que es casi inútil citar autoridades (2). Sin embargo, hay que hacer notar que nuestra nueva ley hipotecaria ha traído una grave derogación al código civil. Las escrituras translativas de derechos reales inmobiliarios deben transcribirse; hasta entonces es cuando pueden oponerse á los terceros de buena fe (art. I de la ley de 16 de Diciembre de 1851). Más adelante insistiremos en este principio.

La realidad de la servidumbre la distingue profundamente del derecho de obligación. Acabamos de recordar las diferencias que separan la servidumbre del derecho de crédito (núm. 148). Lo que está gravado es el fundo sirviente, y no la persona la que está obligada; mientras que

1 L. 26, D., de *verb. signif.* (L. 16).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 64 y nota 15. Hay que agregar una sentencia de Lieja de 19 de Marzo de 1839 (*Pasicrisia*, 1539, 2, 56.).

el deudor está obligado á hacer ó á dar, el poseedor de la heredad sirviente está únicamente obligado á tolerar ó á no hacer. Bajo este concepto, su condición parece más favorable que la del deudor; bajo otro concepto, lo es menos. El deudor, obligado á hacer, no puede ser obligado á hacer lo que no quiere hacer, siendo libre la voluntad del hombre; pero el que tiene un derecho de servidumbre puede ejercerlo directamente en la cosa gravada, lo mismo que el propietario puede usar de su derecho y quebrantar la resistencia que encuentre, invocando en caso necesario la autoridad de la justicia y de la fuerza pública que ejecuta las resoluciones judiciales. Este derecho riguroso pertenece también al propietario del predio dominante. El dueño del predio sirviente no tiene más que un medio de substraerse al gravamen que está impuesto á su predio, y es abandonarlo. Aquí recobra la ventaja sobre el deudor; éste no puede desligarse de su obligación, abandonando la cosa que constituye su objeto; su persona está obligada y obligada indefinidamente.

Núm. 4. Perpetuidad de la causa.

154. La perpetuidad de la causa era un carácter esencial de las servidumbres en derecho romano. Como los intérpretes no están de acuerdo sobre la perpetuidad de la causa, se han prevalido de sus disentimientos para acusar á los jurisconsultos romanos de sutilezas contrarias al buen sentido (1). Creemos inútil entrar en este debate. La legislación moderna presenta bastantes dificultades para que todavía se le mezclen las que nacen del Digesto. Domat dice que las servidumbres son perpetuas (2). Esto tienen de común con la propiedad. Pero la perpetuidad no es de

1 Dalloz, *Servidumbre*, núm. 41. Elvers, *Die römische Servitutentlehre*, p. 151.

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 12, p. 123.

la esencia de la propiedad (1); luego no puede ser de la esencia de las servidumbres. Siendo la servidumbre una calidad del predio debe participar de la naturaleza del derecho de propiedad de que es objeto el predio, siendo inseparable de éste la calidad. Bajo este concepto, las servidumbres reales difieren de los demás derechos reales; las servidumbres personales son esencialmente vitalicias; los derechos de enfiteusis y de superficie tienen una duración limitada; las hipotecas no son más que un accesorio de la deuda principal, la cual está destinada á extinguirse por el pago. ¿Por qué ha de ser otra cosa respecto de las servidumbres prediales? Acabamos de decir el motivo jurídico: la calidad no puede ser temporal cuando el derecho que es inherente es perpetuo. Este también se funda en la razón. El legislador permite que se desprenda una utilidad que el propietario podría sacar de su heredad para llevarla á otra heredad, porque si el predio sirviente disminuye con esto, el predio dominante aumenta de valor. Esto supone que el interés de los propietarios exige este cambio de servicios; si se tratara del interés de las personas, éste cambia y es pasajero, como es la vida; pero la servidumbre se ha establecido para el predio, y los predios no cambian; así pues, el interés del predio es, en general, un interés perpetuo: de aquí la perpetuidad de las servidumbres. Pero no siendo la perpetuidad de la esencia de la servidumbre, como tampoco de la propiedad, nada impide limitar su duración. Volveremos á tratar este punto al ocuparnos de la modalidad de las servidumbres.

155. La perpetuidad de las servidumbres establece una nueva diferencia entre las servidumbres y las obligaciones. Estas están destinadas á extinguirse por su ejecución; así el derecho de crédito se extingue por el hecho mismo

1 Véase el tomo 6° de esta, obra núm. 104.

de ejercitarse, pudiendo el acreedor exigir la ejecución de la obligación y el deudor ser obligado á pagar. Mientras que el propietario del predio dominante puede siempre ejercitar su derecho; aun cuando lo haya comprado, no puede ser forzado al rescate, á menos que el convenio ó la ley lo autoricen á ello. Asi es como el derecho de pastizas, cuando se funda en un título, puede rescatarse (1). Pero fuera de estas excepciones, nadie puede ser forzado á ceder su propiedad, á no ser por causa de utilidad pública. Resulta de esto una diferencia entre las servidumbres y las hipotecas; las hipotecas pueden borrarse por un procedimiento especial que se llama el expurgo. La razón es que no son más que el accesorio de un crédito. Por el contrario, las servidumbres son una propiedad, y una propiedad no puede borrarse.

Núm. 5. De la indivisibilidad de las servidumbres.

156. ¿Son indivisibles las servidumbres? La indivisibilidad es la materia más obscura del código, en su aplicación á las servidumbres, divide á los príncipes de la ciencia. Escuchemos á Pothier: “Los derechos de servidumbre real son indivisibles, y no son susceptibles de partes ni reales, ni intelectuales; porque repugna que una heredad tenga como parte en la heredad vecina un derecho de paso, un derecho de luces ú otro cualquier derecho de servidumbre, y repugna igualmente que una heredad esté gravada con servidumbre por una parte solamente.” Pothier prevee la objeción que se le puede hacer, bajo el punto de vista práctico, contra la teoría de la indivisibilidad: y contesta: “El uso de un derecho de servidumbre puede muy bien estar limitado á ciertos días, á ciertas horas; pero este derecho, cuyo uso está limitado de tal ma-

1 Ley de los días 26 de Septiembre, 6 de Octubre de 1791 art. 8. Aubry y Rau t. (3º, p. 64, nota 16) dan, además, otro ejemplo.

nera, es un derecho entero de servidumbre, y no una parte de derecho" (1).

Pothier se expresa con un tono de certidumbre que parece excluir toda duda. Sin embargo, él sabía que Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, profesaba la opinión contraria, y Dumoulin era el que había encontrado la clave del laberinto de la indivisibilidad: sábese que tal es el título que él mismo dió á su tratado sobre la indivisibilidad de las obligaciones, tratado que Pothier no hace más que resumir. Pues bien, en dicho tratado, Dumoulin sostiene contra todos que ciertas servidumbres son tan divisible como el dinero. ¿Por qué el ilustre jurisconsulto toma aires de desafío al enunciar un parecer que contradecía á la opinión general? "*Fremant omnes licet,*" exclama (2). Y es que tiene en su contra á los intérpretes del derecho romano, el más profundo de todos, Doneau no vacila en enseñar, siguiendo á Ulpiano, que las servidumbres reales son indivisibles por esencia, y tal es todavía en nuestros días la opinión más acreditada entre los romanistas (3). ¿El que tiene un derecho de paso puede pasar por un tercio ó un cuarto? ¿Se concibe que el derecho de luces se ejerza por mitad? ¿Acaso la servidumbre de no construir tiene partes?

157. ¿De qué proviene ese disentiimiento y en qué descansa? No están de acuerdo en lo que debe entenderse por un derecho indivisible, ni sobre las consecuencias de la indivisibilidad. Los autores del código han procedido como conviene á unos legisladores; haciendo á un lado la teoría, ni siquiera han pronunciado la palabra indivisi-

1 Pothier, "Costumbre de Orleans, Introducción al título de las servidumbres," tit. 13, núm. 3.

2 Dumoulin, "Tractatus de dividuo et individuo," 3ª parte número 290.

3 Donellus, *Comentario*, XV, 6, 5 (t. 4º, de la edición de 1826, página 59). Elvers, "Die römische servitutentelehre," pfo. 55 p. 543.

lidad en el título de las *Servidumbres*; pero los arts. 700, 709 y 710 consagran las aplicaciones más usuales de la doctrina enseñada por Pothier. Volveremos en lo de adelante á tratar esta materia; por el momento, haremos únicamente constar los principios de donde se derivan las consecuencias que el legislador francés ha formulado. Las *servidumbres reales* son indivisibles en el sentido de que no pueden adquirirse por una parte alícuota matemática; ni siquiera se concibe que se compre una quinta parte del derecho de tránsito por un predio, ni que se posea ó se prescriba una quinta parte del derecho de luces en una heredad. Y lo que es verdad de la adquisición del derecho lo es también de la extinción de las *servidumbres*. Las *servidumbres* son aun indivisibles en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y que afectan á cada parte de la heredad sirviente. Esto no impide, como ya lo dijo Pothier, que el ejercicio de las *servidumbres* pueda limitarse en cuanto al lugar, al tiempo y al modo. Y puesto que esto puede hacerse por convenio, puede también hacerse por prescripción. Creemos inútil combatir las opiniones contrarias, porque el disentiimiento no se basa más que en abstracciones; acerca de las cuestiones de aplicación, todos están de acuerdo.

§ III.—DIFERENCIA ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA PROPIEDAD.

Núm. 1. De la propiedad exclusiva.

158. A primera vista, podría creerse imposible confundir la propiedad con la *servidumbre*, que no es más que un desmembramiento de la propiedad. Sin embargo, hay muchos casos en que un solo y mismo derecho puede tener las apariencias de una *servidumbre* ó de una propiedad. Citaremos un ejemplo que se ha presentado ante la corte de casación. Un propietario cede á título de alber-

que (1) dos bandas de tierra, mediante un censo anual, y además, con la obligación contraída por el albergatario de *mantener una vereda* que atravesaba una de las dos bandas y de reemplazar los árboles que perecieren. ¿El albergador se había reservado la vereda ó calle á título de propiedad ó de servidumbre? Si á título de servidumbre, el derecho podía extinguirse por la prescripción, mientras que la propiedad no se extingue por el no-uso. Tal era el interés del debate. La corte de Grenoble resolvió que la cláusula del contrato no podía considerarse como una reserva de la propiedad del suelo de la calle, que éste era una servidumbre impuesta al predio que quedaba sujeto al derecho de tránsito, y al mismo tiempo un gravamen personal impuesto al albergatario de mantener el plantío que formaba la calle. Y como los albergatarios no habían hecho trabajos de conservación hacía más de treinta años, la sentencia los declaró eximidos de esa obligación. A recurso de casación, intervino una sentencia de denegada apelación, abandonando la interpretación de los contratos al juez del hecho (2).

159. Se ve cuál es el interés de la cuestión que acabamos de plantear. En el título del *Usufructo* llamamos la atención sobre la notable diferencia que separaba la propiedad y las servidumbres: la una está al abrigo de toda pérdida aun cuando el propietario estuviere más de treinta años sin usar de su derecho, mientras que las otras se extinguen por el no-uso, lo mismo que las obligaciones se extinguen por la prescripción, núm. 60. Hay también una diferencia en lo concerniente á la adquisición de la propiedad y de las servidumbres: la primera se adquiere por la prescripción, y cuando se trata de muebles corporales,

1 Este es el nombre que daban en el Delfinado al arrendamiento enfiteútico (Merlín, *Repertorio*).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Dalloz, *Prueba*, núm. 52).

aun basta con una posesión instantánea, mientras que las servidumbres discontinuas ó no aparentes no se adquieren sino por título. Déjase entender que hay una diferencia capital entre el derecho del propietario y el derecho del predio dominante; el uno disfruta y dispone de la cosa de la manera más absoluta, el otro no tiene más que un desmembramiento de este derecho absoluto, y debe restringirse á los límites precisos de su derecho (1).

160. Es, pues, muy importante saber si un derecho está establecido á título de propiedad ó á título de servidumbre. ¿De qué manera distinguirlos? Antes que todo, hay que consultar el título que establece el derecho. En el caso que acabamos de citar, núm. 158, la escritura decidía con toda claridad la dificultad. El que enagena un predio, imponiendo al adquiriente el gravamen de *mantener* un paso, grava con esto el terreno vendido; en efecto, él no se reserva la propiedad del terreno por el cual el paso se practicará; luego dicho terreno queda comprendido en la enagenación, y, por consiguiente, se vuelve propiedad del adquirente; por lo mismo el paso no puede ser más que una servidumbre. La cuestión es más difícil cuando el derecho se adquiere por prescripción. Se puede adquirir por prescripción la propiedad del subsuelo, tal como una bodega, un pozo, una fosa de inodores; el artículo 553 lo supone. Se puede también adquirir por prescripción el derecho de servirse de la bodega, del pozo ó de las fosas, á título de servidumbre continua y aparente. ¿De qué manera se distinguirá la posesión á título de propietario y la posesión á título de servidumbre?

Se dice que la propiedad es una cosa corporal, mientras que la servidumbre es un derecho, una calidad activa ó pasiva del predio; la distinción es de pura teoría, y aun es muy discutible, porque la propiedad es también un de-

1 Demolombe, t. 12, p. 173, núm. 672.

recho real, el más considerable de todos, ella se ejerce en una cosa corpórea, pero lo mismo pasa con la servidumbre. En el antiguo derecho, se admitía que hay propiedad más bien que servidumbre, cuando hay incorporación, falta de edificación en la heredad vecina, y en consecuencia, se resolvía que aquél que construye un acueducto en el predio ageno, ó que incorpora un albañal á un edificio que pertenece á otro, ejecuta un acto de propiedad; de donde se concluía que los derechos de albañal y de acueducto podían adquirirse por prescripción, aun en el caso mismo en que las servidumbres no se adquirían por la posesión (1). Se pretende que lo mismo es bajo el imperio del código civil, en el sentido al menos de que la inedificación anuncia el derecho de propiedad (2). Esto lo dice una sentencia de la corte de casación la cual invoca el art. 712 (3). Nosotros creemos que la corte ha interpretado mal ese artículo, el cual dice que la propiedad se adquiere por *accessión ó incorporación*, y por prescripción. La ley considera, pues, la *incorporación* como una especie de *accessión* lo que se refiere al art. 553, el cual decide efectivamente que hay *accessión* por la edificación ó la incorporación (4). Así es, que el art. 712 debe separarse como extraño á la cuestión, y el 553 tampoco la decide; en efecto, los trabajos pueden operarse para el establecimiento de una servidumbre tanto como para la adquisición de la propiedad. En definitiva la naturaleza de la posesión será lo que decida. Luego ésta es una cuestión de hecho. Una cosa es la posesión á título de propietario, título exclusivo, absoluto; y otra cosa es la posesión á título de servidumbre, título excepcio-

1 Lalaure, "Tratado de las servidumbres reales," libro 1º. cap. 9, página 170.

2 Toullier, t. 2º, p. 203, núm. 469, *bis*.

3 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Octubre de 1811 (Dalloz, *servidumbre*, núm. 36).

4 Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 204, nota.

nal, limitado, que implica un derecho del cual no es más que un desmembramiento. La misma dificultad se presenta en caso de co-propiedad.

161. La aplicación de estos principios ha dado lugar á un debate que se llevó ante la corte de casación. Más adelante diremos que los manantiales son el objeto de una propiedad exclusiva en provecho del propietario del terreno en donde brotan. Pero el propietario inferior puede adquirir en ellos un derecho, sea por título, sea por prescripción. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? ¿es propiedad, ó es servidumbre? En el caso juzgado por la corte de casación, existía un título, que era una transacción celebrada en 1656; el propietario inferior necesitaba el agua para el regadío de sus praderas; la transacción le atribuye la totalidad de las aguas, mediante el cambio de un prado por terrenos de una continencia superior. La corte de Grenoble, interpretando dicho convenio, resolvió que éste daba al propietario inferior un derecho de propiedad en los veneros alimentadores del manantial los cuales se hallaban en el predio superior. De esto resultaba una consecuencia muy importante: el propietario del predio superior había emprendido trabajos por los cuales el propietario inferior no había hecho uso del agua; él sostenía que el derecho á ésta estaba extinguido por el no-uso. Se falló que el no-uso hace que se pierda el derecho de propiedad (1)

Núm. 2. La co-propiedad.

162. La semejanza entre la servidumbre y la propiedad que acabamos de señalar se presenta igualmente y con más frecuencia entre la copropiedad y la servidumbre. De aquí surgen nuevas dificultades. Reina alguna incer-

1 Sentencia de denega la apelación, de 13 de Junio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

tidumbre en esta materia en la jurisprudencia, y la doctrina es incierta y oscura. Nosotros creemos que antes que todo debe distinguirse el caso en que las partes interesadas han estipulado formalmente la co-propiedad de una cosa, y el caso en que el uso de una cosa es común entre varias personas, sin que se sepa si es á título de servidumbre ó á título de co-propiedad. A veces sucede que ciertos propietarios, al vender ó al dividir una heredad, reservan una parte accesoria para su uso común; esto tiene lugar respecto á las avenidas, callejas, patios, fosas de inodores: esto puede también tener lugar respecto á las sendas, caminos ó abrevaderos inherentes á la explotación de diversos predios ó dominios. En esta primera hipótesis, la co-propiedad es clara, puesto que estamos suponiendo que la escritura la estipula. Esta co-propiedad está regida por principios particulares acerca de los cuales insistiremos en lo de adelante (1). Así es que generalmente se admite que si la cosa común es absolutamente indispensable á los diversos co-propietarios para el servicio ó la explotación de su predio, no hay lugar á aplicar el art. 815, por cuyos términos nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión; por consiguiente, la división no podrá pedirse. Y al resolverlo así, las cortes han asimilado esta co-propiedad con una servidumbre recíproca. ¿Es esto exacto?

La corte de casación así lo ha fallado en principio. “En toda ocasión, dice ella, que entre dos heredades poseídas por diferentes propietarios, existe un objeto accesorio, una dependencia de tal suerte indispensable para la explotación de las propiedades principales, las que, sin su posesión y goce común, serían ó de ningún uso ó de un uso notablemente deteriorado, entonces, para no sacrificar lo principal á lo accesorio, no hay lugar á la parti-

1 Aubry y Rau, t. 2°, ps. 411 y siguientes, notas 1 y 3.

ción de dichos accesorios, y se tiene á los dos propietarios como que viven, á este respecto, menos en una indivisión que en una *servidumbre recíproca* del uno hacia el otro" (1). La corte de casación ha aplicado este principio á una partición que estipulaba que la puerta cochera y el patio quedasen comunes entre los co-partícipes: esto no es una indivisión, dice la sentencia, sino una "servidumbre recíproca" de uno de los propietarios hacia el otro (2).

Esta asimilación de la co-propiedad y de la servidumbre es de todo punto inadmisibile. Es contraria á un principio elemental de derecho, según el cual nadie puede tener servidumbre en su propia cosa. Los propietarios se sirven de la cosa que ha quedado común entre ellos á título de propiedad, supuesto que expresamente se han reservado su dominio; lo que excluye toda idea de servidumbre. La diferencia no es de palabras, porque los principios que rigen la co-propiedad y la servidumbre difieren en puntos esenciales, como ya lo dijimos de la propiedad. Allí en donde hay co-propiedad, hay que hacer á un lado toda idea de servidumbre. Esto es lo que la corte de casación ha resuelto en un caso más reciente, al rehusarse á aplicar á la co-propiedad el art. 701 que rige las servidumbres. En una partición se había reservado un paso, como una dependencia necesaria de cada uno de los lotes; la corte dijo muy bien que de aquello no resultaba ninguna servidumbre, supuesto que no había ni predio dominante ni predio sirviente. ¿Qué era, pues, lo que había? La avenida estaba indivisa, es decir, que era propiedad común antes de la partición; se reservó en la partición,

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1823 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1520). En el mismo sentido, Durantón, t. 5º, p. 141, número 149.

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

luego siguió siendo lo que era, propiedad indivisa, común entre los co-partícipes (1).

163. ¿Quiéere decir esto que, en todos los casos en que una cosa accesoria sirve á varias heredades principales, deba considerarse como una dependencia de esos predios, y por consiguiente, como una cosa común ó una co-propiedad? Nó: desde luego hay que distinguir si hay un título, ó si no lo hay. Si en una escritura de venta ó de partición, se estipula que habrá una salida ó una calle que, á la vez que sea propiedad de una de las partes contrayentes, servirá para el uso de todas las demás, es claro que habrá servidumbre respecto de aquellos que usen de la cosa sin ser propietarios, en provecho de sus heredades; estas heredades serán los predios dominantes, y la cosa sobre la cual se ejercerá el derecho de salida será el predio sirviente. El propietario de la puerta ó de la avenida se servirá igualmente de ellas, pero á título de propiedad. De aquí resultará que una sola y misma cosa será el objeto de una propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y de un derecho de servidumbre para los demás. De aquí pueden surgir conflictos de intereses. En cambio ya no habrá contienda posible sobre la división de la cosa, supuesto que ya no será común, y el derecho de servidumbre asegurará á los propietarios de los predios dominantes la ventaja que querían reservarse, supuesto que las servidumbres son perpetuas y no pueden redimirse (número 155).

Así, pues, un solo y mismo uso, la salida ó el paso, puede estipularse sea á título de co-propiedad, sea á título de servidumbre. Esto es lo que Toullier expresa muy bien, y la cosa es evidente (2). “En lugar, dice él, de de-

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1858 (Daloz, 1, 125). En este sentido Daloz, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, número 34.

2 Toullier, t. 2º, p. 208, núm. 469 (edición de Duvergier).

jar en estado de comunidad forzosa los objetos que sirven para todos, se puede dar la propiedad á uno de los interesados y gravarlos con un derecho de servidumbre á favor del otro interesado. Por ejemplo, al dividir dos casas vecinas, ó una casa compuesta de varios pisos, se puede convenir que el pozo, el patio, etc., seguirán siendo comunes; también se puede estipular que pertenecerán á uno de los herederos, y que únicamente estarán gravados de servidumbre en favor del otro, que tendrá el derecho de tomar agua del pozo, pasar por el patio, etc.” ¿De qué manera se sabrá si el derecho de salida se ha estipulado á título de propiedad ó á título de servidumbre? Nosotros suponemos siempre que haya un título. Los tribunales lo interpretarán sin que pueda invocarse una presunción cualquiera que sea, ni de servidumbre ni de co-propiedad, supuesto que la ley no establece ninguna.

Se ha fallado que un camino practicado en un terreno indiviso, y mantenido después de la partición de dicho terreno, debe considerarse como una co-propiedad más bien que como una servidumbre de tránsito. En efecto, en el momento en que aquel camino se ha practicado, era indiviso como el predio, luego era co-propiedad; para volverse propiedad exclusiva, habría debido ser atribuido á uno de los co-participes; por el hecho solo de que fué mantenido, sin ponerlo en ningún lote, siguió siendo lo que era, indiviso, y por lo tanto, cosa común á todos (1). En cambio, se ha fallado que si el actor prueba únicamente un derecho de servidumbre, tal como el derecho de toma de agua, no puede reclamar la propiedad invocando algunas expresiones equívocas que se encuentren en las escrituras. Así es, que se hablaba de un pozo *común*, lo que podía entenderse de un pozo cuyo uso era común: la escri-

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Abril de 1855 (Da... lloz, 1855, 1, 100).

tura imponía al que ejerciese el derecho de toma de agua la obligación de contribuir á la reparación y á la reconstrucción del pozo común, lo que, dice la sentencia, se explica por el derecho consuetudinario bajo el cual fué establecida, y el cual determina de qué manera los vecinos que tienen el derecho de toma de agua contribuyen al mantenimiento del pozo (1).

164. Hemos señalado los principios diferentes que rigen la propiedad y la servidumbre, núm. 159. Lo que hemos dicho de la propiedad se aplica también á la co-propiedad. Toullier dice que los derechos de comunidad participan de la naturaleza de los derechos de servidumbre, en que se deben á la cosa, más bien que á la persona; luego pasan con el predio al nuevo propietario (2). Esto es evidente, supuesto que la propiedad es un derecho real tanto como la servidumbre. Pero la diferencia es grande entre la servidumbre y la propiedad.

La propiedad se adquiere por la prescripción; las servidumbres discontinuas, tales como el paso, no se adquieren sino por título. Un terreno empedrado que sirve de paso separa dos casas; sólo por este paso puede llegar cada uno de los dos propietarios contiguos á su bodega y á su caballeriza. Uno de ellos se pone á construir un muro de recinto que debía encerrar el terreno en litigio. El otro reclama é invoca una posesión más que trentenaria, continua, no interrumpida, á título de propiedad. A tal pretensión el demandado objeta que la servidumbre de paso no se estableció sino por la prescripción. Una sentencia de la corte de Pau, confirmada por la corte de casación, resolvió que no se trataba de una servidumbre, sino de la co-propiedad del terreno litigioso. La posesión prolongada, dice la sentencia de la corte suprema, probaba que

1 Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 259).

2 Toullier, t. 2º, núm. 469, p. 207 (edición de Duvergier).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Douai, 9 de Enero de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 4°).

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

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

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

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

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

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

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

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

Nosotros somos de opinión que la sentencia de la corte

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

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

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

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

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

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

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

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

§ IV.—CLASIFICACION DE LAS SERVIDUMBRES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Duranton, t. 5º, p. 136, núm. 146. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 120, núm. 337.

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

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

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

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

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

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

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

§ V.—PRINCIPIOS DE INTERPRETACION.

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

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

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

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

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

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

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

2 Albisson, Informe rendido al Tribunado, núm. 2 (Loché, t. 4º, página 164).

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

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

1 Demolombe, t. 11, p. 2, núm. 7.

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

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

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