

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 Flande existen pasos públicos para los transeúntes 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 transeúntes (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, Daloz, en la palabra *dominio público*, núm. 59.

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

3 Sentencia de casación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 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. Duranton 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 juriconsultos exigen la *vecindad* pero no la *contigüidad* (Elvers, *Die Serritutenlehre*, p. 166, pfo. 18).  
2 Duranton, t. 5º, p. 491, núm. 454. Dumoulin, "Tractatus 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, 1).

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, ps. 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<sup>o</sup>, 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 traquearán 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 Merlin, *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. 686; 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 6. 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 Pardessus, t. 1°, p. 25, núm. 10. Demolombe, t. 12, p. 182 número 679.

2 Cœpella, *Tractatus de servitutibus*, 1°, 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-partícipes 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 abrió 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. 1º, 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 hiciera 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 dos 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 (Daloz, 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 considerársela 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. Síguese 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).