

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Restricción que resulta del objeto de la servidumbre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Aubry y Rau, t. 37, ps. 92 y siguientes. Demolombe, t. 12, página 372, núm. 849.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Caen, 27 de Agosto de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 1162, 4^o).
2 Dumoulin, "De divid, et nidio," part. III, núm. 83. Compárese Demolombe, t. 12, p. 373, núm. 850.

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

II. Restricción resultante de la libertad del predio sirviente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Núm. 1. Obligaciones.

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

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

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

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

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

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