

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

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

1 Sentencia de casación de 25 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 884).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Toullier, t. 2º, p. 306, núm. 665. Demante, t. 2º, p. 650, número 555 bis, 1º. Demolombe, t. 12, p. 393, núms. 873 y siguientes. Sentencia de denegada apelación de 16 de Marzo de 1869 (Daloz, 1870, 1, 120). Compárese Durantón, t. 5º, p. 529, núm. 503.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Demolombe, t. 12, p. 408, núms. 484 y 485.

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

*Núm. 2. De las servidumbres accesorias.*

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

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

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

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

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