

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, 1, 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°)



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

*Núm. 2. Derechos.*

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

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

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

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



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

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 98 y nota 5.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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