

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

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

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

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

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

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

146. ¿Sucede lo mismo con el derecho de caza? Esta es una cuestión de mucha controversia, y en efecto, hay alguna duda. Es claro que yo puedo estipular el derecho de caza en el terreno ageno. 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 servitutenehre," pfo. 16, p. 150.

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

3 Demolombe, t. 12, p. 192, núm. 687.

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

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

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

cio, es decir, si el servicio es de tal naturaleza que no pueda prestarse sino por la persona y no por un predio, ya no es cuestión de servidumbre. Tal sería el gravamen estipulado con el nombre de servidumbre, y consistente en que los habitantes de una comuna 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. 4°, núm. 4.

2 Gillet, *Discurso* núm. 12 (Loché, t. 4°, 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. 747-748.

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

le parece *généralmente* 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 Cæpolla. 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 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 24, 1º y 2º).

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

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

150. Por el contrario, habría servidumbre en el caso

1 Amiens, 19 de Febrero de 1851 (Dalloz, 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 (Dalloz, *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 Cantón, 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 liciere 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