

el deudor está obligado á hacer ó á dar, el poseedor de la heredad sirviente está únicamente obligado á tolerar ó á no hacer. Bajo este concepto, su condición parece más favorable que la del deudor; bajo otro concepto, lo es menos. El deudor, obligado á hacer, no puede ser obligado á hacer lo que no quiere hacer, siendo libre la voluntad del hombre; pero el que tiene un derecho de servidumbre puede ejercerlo directamente en la cosa gravada, lo mismo que el propietario puede usar de su derecho y quebrantar la resistencia que encuentre, invocando en caso necesario la autoridad de la justicia y de la fuerza pública que ejecuta las resoluciones judiciales. Este derecho riguroso pertenece también al propietario del predio dominante. El dueño del predio sirviente no tiene más que un medio de substraerse al gravamen que está impuesto á su predio, y es abandonarlo. Aquí recobra la ventaja sobre el deudor; éste no puede desligarse de su obligación, abandonando la cosa que constituye su objeto; su persona está obligada y obligada indefinidamente.

*Núm. 4. Perpetuidad de la causa.*

154. La perpetuidad de la causa era un carácter esencial de las servidumbres en derecho romano. Como los intérpretes no están de acuerdo sobre la perpetuidad de la causa, se han prevalido de sus disentimientos para acusar á los jurisconsultos romanos de sutilezas contrarias al buen sentido (1). Creemos inútil entrar en este debate. La legislación moderna presenta bastantes dificultades para que todavía se le mezclen las que nacen del Digesto. Domat dice que las servidumbres son perpetuas (2). Esto tienen de común con la propiedad. Pero la perpetuidad no es de

1 Dalloz, *Servidumbre*, núm. 41. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, p. 151.

2 Domat, *Leyes civiles*, libro 1º, tít. 12, p. 123.

la esencia de la propiedad (1); luego no puede ser de la esencia de las servidumbres. Siendo la servidumbre una calidad del predio debe participar de la naturaleza del derecho de propiedad de que es objeto el predio, siendo inseparable de éste la calidad. Bajo este concepto, las servidumbres reales difieren de los demás derechos reales; las servidumbres personales son esencialmente vitalicias; los derechos de enfiteusis y de superficie tienen una duración limitada; las hipotecas no son más que un accesorio de la deuda principal, la cual está destinada á extinguirse por el pago. ¿Por qué ha de ser otra cosa respecto de las servidumbres prediales? Acabamos de decir el motivo jurídico: la calidad no puede ser temporal cuando el derecho que es inherente es perpetuo. Este también se funda en la razón. El legislador permite que se desprenda una utilidad que el propietario podría sacar de su heredad para llevarla á otra heredad, porque si el predio sirviente disminuye con esto, el predio dominante aumenta de valor. Esto supone que el interés de los propietarios exige este cambio de servicios: si se tratara del interés de las personas, éste cambia y es pasajero, como es la vida; pero la servidumbre se ha establecido para el predio, y los predios no cambian; así pues, el interés del predio es, en general, un interés perpetuo: de aquí la perpetuidad de las servidumbres. Pero no siendo la perpetuidad de la esencia de la servidumbre, como tampoco de la propiedad, nada impide limitar su duración. Volveremos á tratar este punto al ocuparnos de la modalidad de las servidumbres.

155. La perpetuidad de las servidumbres establece una nueva diferencia entre las servidumbres y las obligaciones. Estas están destinadas á extinguirse por su ejecución; así el derecho de crédito se extingue por el hecho mismo

1 Véase el tomo 6º de esta obra núm. 104.

de ejercitarse, pudiendo el acreedor exigir la ejecución de la obligación y el deudor ser obligado á pagar. Mientras que el propietario del predio dominante puede siempre ejercitar su derecho; aun cuando lo haya comprado, no puede ser forzado al rescate, á menos que el convenio ó la ley lo autoricen á ello. Así es como el derecho de pastizas, cuando se funda en un título, puede rescatarse (1). Pero fuera de estas excepciones, nadie puede ser forzado á ceder su propiedad, á no ser por causa de utilidad pública. Resulta de esto una diferencia entre las servidumbres y las hipotecas; las hipotecas pueden borrarse por un procedimiento especial que se llama el expurgo. La razón es que no son más que el accesorio de un crédito. Por el contrario, las servidumbres son una propiedad, y una propiedad no puede borrarse.

*Núm. 5. De la indivisibilidad de las servidumbres.*

156. ¿Son indivisibles las servidumbres? La indivisibilidad es la materia más obscura del código, en su aplicación á las servidumbres, divide á los príncipes de la ciencia. Escuchemos á Pothier: "Los derechos de servidumbre real son indivisibles, y no son susceptibles de partes ni reales, ni intelectuales; porque repugna que una heredad tenga como parte en la heredad vecina un derecho de paso, un derecho de luces ú otro cualquier derecho de servidumbre, y repugna igualmente que una heredad esté gravada con servidumbre por una parte solamente." Pothier prevee la objeción que se le puede hacer, bajo el punto de vista práctico, contra la teoría de la indivisibilidad: y contesta: "El uso de un derecho de servidumbre puede muy bien estar limitado á ciertos días, á ciertas horas; pero este derecho, cuyo uso está limitado de tal ma-

1 Ley de los días 26 de Septiembre, 6 de Octubre de 1791 art. 8. Aubry y Rau t. (3º, p. 64, nota 16) dan, además, otro ejemplo.

nera, es un derecho entero de servidumbre, y no una parte de derecho" (1).

Pothier se expresa con un tono de certidumbre que parece excluir toda duda. Sin embargo, él sabía que Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario, profesaba la opinión contraria, y Dumoulin era el que había encontrado la clave del laberinto de la indivisibilidad: sábese que tal es el título que él mismo dió á su tratado sobre la indivisibilidad de las obligaciones, tratado que Pothier no hace más que resumir. Pues bien, en dicho tratado, Dumoulin sostiene contra todos que ciertas servidumbres son tan divisible como el dinero. ¿Por qué el ilustre jurisconsulto toma aires de desafío al enunciar un parecer que contradecía á la opinión general? "*Fremant omnes licet,*" exclama (2). Y es que tiene en su contra á los intérpretes del derecho romano, el más profundo de todos, Doneau no vacila en enseñar, siguiendo á Ulpiano, que las servidumbres reales son indivisibles por esencia, y tal es todavía en nuestros días la opinión más acreditada entre los romanistas (3). ¿El que tiene un derecho de paso puede pasar por un tercio ó un cuarto? ¿Se concibe que el derecho de luces se ejerza por mitad? ¿Acaso la servidumbre de no construir tiene partes?

157. ¿De qué proviene ese disentiendo y en qué descansa? No están de acuerdo en lo que debe entenderse por un derecho indivisible, ni sobre las consecuencias de la indivisibilidad. Los autores del código han procedido como conviene á unos legisladores; haciendo á un lado la teoría, ni siquiera han pronunciado la palabra indivisibi-

1 Pothier, "Costumbre de Orleans, Introducción al título de las servidumbres," tít. 13, núm. 3.

2 Dumoulin, "Tractatus de dividuo et individuo," 3ª parte número 290.

3 Donellus, *Comentario*, XV, 6, 5 (t. 4º, de la edición de 1826, página 59). Elvers, "Die römische servitutenehre," pfo. 55 p. 543.

lidad en el título de las *Servidumbres*; pero los arts. 700, 709 y 710 consagran las aplicaciones más usuales de la doctrina enseñada por Pothier. Volveremos en lo de adelante á tratar esta materia; por el momento, haremos únicamente constar los principios de donde se derivan las consecuencias que el legislador francés ha formulado. Las *servidumbres reales* son indivisibles en el sentido de que no pueden adquirirse por una parte alicuota matemática; ni siquiera se concibe que se compre una quinta parte del derecho de tránsito por un predio, ni que se posea ó se prescriba una quinta parte del derecho de luces en una heredad. Y lo que es verdad de la adquisición del derecho lo es también de la extinción de las *servidumbres*. Las *servidumbres* son aun indivisibles en el sentido de que se deben á cada parte de la heredad dominante, y que afectan á cada parte de la heredad sirviente. Esto no impide, como ya lo dijo Pothier, que el ejercicio de las *servidumbres* pueda limitarse en cuanto al lugar, al tiempo y al modo. Y puesto que esto puede hacerse por convenio, puede también hacerse por prescripción. Creemos inútil combatir las opiniones contrarias, porque el disentimiento no se basa más que en abstracciones; acerca de las cuestiones de aplicación, todos están de acuerdo.

§ III.—DIFERENCIA ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA PROPIEDAD.

*Núm. 1. De la propiedad exclusiva.*

158. A primera vista, podría creerse imposible confundir la propiedad con la *servidumbre*, que no es más que un desmembramiento de la propiedad. Sin embargo, hay muchos casos en que un solo y mismo derecho puede tener las apariencias de una *servidumbre* ó de una propiedad. Citaremos un ejemplo que se ha presentado ante la corte de casación. Un propietario cede á título de alber-

gue (1) dos bandas de tierra, mediante un censo anual, y además, con la obligación contraída por el albergatario de *mantener una vereda* que atravesaba una de las dos bandas y de reemplazar los árboles que perecieren. ¿El albergador se había reservado la vereda ó calle á título de propiedad ó de *servidumbre*? Si á título de *servidumbre*, el derecho podía extinguirse por la prescripción, mientras que la propiedad no se extingue por el no-uso. Tal era el interés del debate. La corte de Grenoble resolvió que la cláusula del contrato no podía considerarse como una reserva de la propiedad del suelo de la calle, que éste era una *servidumbre* impuesta al predio que quedaba sujeto al derecho de tránsito, y al mismo tiempo un gravamen personal impuesto al albergatario de mantener el plantío que formaba la calle. Y como los albergatarios no habían hecho trabajos de conservación hacía más de treinta años, la sentencia los declaró eximidos de esa obligación. A recurso de casación, intervino una sentencia de denegada apelación, abandonando la interpretación de los contratos al juez del hecho (2).

159. Se ve cuál es el interés de la cuestión que acabamos de plantear. En el título del *Usufructo* llamamos la atención sobre la notable diferencia que separaba la propiedad y las *servidumbres*: la una está al abrigo de toda pérdida aun cuando el propietario estuviere más de treinta años sin usar de su derecho, mientras que las otras se extinguen por el no-uso, lo mismo que las obligaciones se extinguen por la prescripción, núm. 60. Hay también una diferencia en lo concerniente á la adquisición de la propiedad y de las *servidumbres*: la primera se adquiere por la prescripción, y cuando se trata de muebles corporales,

1 Este es el nombre que daban en el Delfinado al arrendamiento enfiteútico (Merlín, *Repertorio*).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Febrero de 1842 (Dalloz, *Prueba*, núm. 52).