

cia de una servidumbre, á no ser la situación del canal relativamente á las tierras ribereñas; esto sería á lo sumo un *signo* pero no una *obra*. Se ve, por este caso, qué importante es ceñirse al texto del art. 689, que exige *obras* exteriores para que la servidumbre sea aparente.

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

143. Las leyes romanas dicen que toda servidumbre consiste, por parte del propietario del predio sometido, en sufrir ó en no hacer. Por esto se llaman servidumbres positivas ó afirmativas las que obligan al predio sirviente á sufrir ó permitir algo, y se da el nombre de negativas á las que obligan al propietario del predio sirviente á no hacer algo. Las servidumbres de no edificar ó de no hacerlo más allá de cierta altura son servidumbres negativas, mientras que las servidumbres de paso y de vista son servidumbres positivas. Resulta de estas definiciones que todas las servidumbres negativas son continuas; en efecto, como consisten en no hacer, ne exigen ciertamente el hecho actual del hombre para ser ejercidas (1).

Demolombe dice que esta distinción es de pura teoría (2). Ciertamente es de doctrina, supuesto que la ley no la establece; pero no carece de utilidad en lo concerniente á la adquisición de la posesión de las servidumbres. Volveremos á ocuparnos de esto al tratar del establecimiento de las servidumbres por la posesión de treinta años.

SECCION II.—Como se establecen las servidumbres.

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Duranton, t. 5º, p. 526, núm. 497. Aubry y Rau, t. 3º, p. 68 y notas 14 y 15.

2 Demolombe, t. 12, p. 227, núm. 722. Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 68, nota 14.

servidumbres por el hecho del hombre: el título, la posesión de treinta años y el destino del padre de familia (artículos 690 y 692). ¿Existe un cuarto modo? Pardessus dice que el juez cría á veces y constituye servidumbres que todavía no existían (1). Pero las explicaciones en que entra prueban que la verdad es que las servidumbres no se establecen por fallo judicial, resultan de un consentimiento voluntario ó forzado que el juez no tiene más que hacer constar conforme á los principios que rigen las servidumbres así como la misión del poder judicial, y en esto no cabe la menor duda. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad, y por esto es de principio, como vamos á decirlo, que las servidumbres no pueden establecerse sino por el propietario que tiene la capacidad de enagenar. Hay que preguntar si los tribunales son propietarios ó si la ley les confiere el derecho de enagenar en todo ó en parte las heredades de los particulares. Se opera una partición judicial. A causa de la composición de los lotes, sucede que uno de los predios queda enclavado; los peritos proponen que se establezca un paso por el predio ribereño de la vía pública. ¿Es esta una servidumbre judicial? Nó, porque la partición que se hace judicialmente es un contrato judicial que implica un concurso de voluntades, y por lo tanto, la servidumbre es convencional. Lo mismo sería si una escritura de partición extrajudicial no hiciera niuguna mención de un paso en provecho del lote enclavado, no por ello el propietario dejaría de tener el derecho de reclamar un paso; al concederlo el tribunal no constituiría una servidumbre, no haría más que reconocer y hacer constar la voluntad de las partes contratantes (2).

1 Pardessus, t. 2º, p. 65, núm. 273. Ducaurroy, Bonnier y Rousset, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1842 de la sala de lo civil (Daloz, *Servidumbre*, núm. 980).

¿Puede también el tribunal ordenar que algunas partes de la heredad, como el patio y la parte cochera, permanezcan comunes entre los co-participes? Se ha fallado por la corte de casación que esta decisión no contraviene al art. 815 que prohíbe la indivisión forzada, "porque la comunidad de ciertas partes de los objetos divididos constituye una servidumbre recíproca de uno de los propietarios hacia el otro" (1). La servidumbre suscita más de una duda. En primer lugar, no es exacto decir que la indivisión forzada es una servidumbre: esto es confundir la servidumbre con la co-propiedad. El juez que mantiene la comunidad de ciertos objetos, con indivisión forzada, establece, pues, en realidad, una indivisión perpetua, lo que está ciertamente en oposición con el art. 815. A las partes corresponde ver lo que harán si ciertos objetos no pueden repartirse; la vía legal en este caso es el remate y no la indivisión forzada (art. 1686). En todo caso, la cuestión no es de servidumbre, supuesto que la comunidad, aun cuando esté acompañada de indivisión forzada, sigue siendo una co-propiedad, y el uso de la propiedad excluye toda idea de servidumbre.

Hay otro caso en el cual parece que una servidumbre se ha establecido en virtud de un fallo, y es cuando á causa de un remate ó de una expropiación el juez pronuncia la adjudicación del inmueble, bajo ciertas condiciones expresadas en cláusula formal. Si estas cargas constituyen servidumbres, no emanarán de la voluntad del juez, sino del concurso de consentimiento de los vendedores que imponen el gravamen, y del adjudicatario que la acepta. Jamás es de la incumbencia del juez establecer una servidumbre por su propia voluntad, él es llamado no para crear derechos, sino para declarar los que resultan de los actos jurídicos celebrados entre los litigantes.

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Agosto de 1832 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 2°).

§ I.—DEL TÍTULO.

145. Según los términos de los arts. 690 y siguientes, las servidumbres se adquieren todas por título, sean continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes. ¿Qué se entiende en estas disposiciones por *título*? La misma palabra se encuentra en el art 695, y allí la expresión "título constitutivo de la servidumbre," estando opuesta á la de "título recognitivo de la servidumbre," significa evidentemente una escritura auténtica ó bajo forma privada que compruebe el establecimiento de la servidumbre. ¿Acaso está tomada en el mismo sentido la palabra título en los artículos 690 y 691? Puede tener otro sentido, el de hecho jurídico ó de causa que engendra la servidumbre. Cuando se toma la palabra título en este sentido, se distingue el título gratuito y el título oneroso. En derecho francés hay dos títulos gratuitos, la donación y el testamento; los títulos onerosos más usuales por los cuales se establece una servidumbre son la venta y la partición. Nace ahora la cuestión de saber si para la validez ó para la existencia de la servidumbre, se necesita, además, del título jurídico que la produce, una escritura ó un escrito. Para resolverla, hay que distinguir el establecimiento de la servidumbre entre las partes y un efecto respecto á terceros.

Núm. 1. Formas.

1. Entre las partes.

146. Cuando la servidumbre se constituye á título gratuito, claro es que se necesita una escritura. En efecto, la donación es un contrato solemne, no existe sino cuando ha sido recibida por un notario, en las formas prescritas por la ley; cuando no se han observado dichas formas, la donación no tiene ningún efecto, es inexistente. Luego si se