

cambios que se han hecho necesarios, la ley ha debido permitir á las partes interesadas que modifiquen el ejercicio de la servidumbre; y si ella permite que se cambie el asiento de la servidumbre, debe por idénticas razones, permitir que se cambie el estado de los lugares.

§ V.—EFECTO DE LA DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL SIRVIENTE.

Núm. 1. División del predio dominante.

278. El art. 700 supone que la heredad dominante llega á dividirse, y decide que la servidumbre permanece debida para cada porción. ¿Cuándo hay división en sentido de la ley? ¿y por qué mantiene la servidumbre para cada porción del predio dominante? La división de los predios se hace ordinariamente cuando el propietario del predio dominante llega á morir dejando varios herederos. Puede también haber división cuando el propietario vende su heredad por porciones. La ley no distingue por qué causas se opera la división; luego debe decidirse que en todos los casos la servidumbre permanece debiéndose por cada porción. Pardessus cree que en caso de venta, el propietario del predio sirviente tendría una acción de daños y perjuicios por el que sufre con la división del predio y con la extensión de la servidumbre. ¡Vaya una singular idea! ¿Puede haber daños y perjuicios sin falta? ¿Y en dónde está la del propietario que vende su predio en pequeñas porciones? ¿El que usa de su derecho es el culpable? Ni siquiera puede decirse que cause un perjuicio al predio sirviente, porque el art. 700 agrega que en caso de división de la heredad dominante, la condición del predio sometido no debe agravarse. Pardessus olvida, además, que el artículo 700 no hace más que aplicar un principio elemental de derecho: la servidumbre se debe al predio, luego á todas

sus partes, cuando se divide aquél por cualquiera causa que sea (1).

279. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir si las diversas porciones de la heredad dominante son poseídas por indiviso ó si lo son separadamente á causa de la partición. El texto del art. 700 implica ora la partición, ora la indivisión. Al sentar el principio, la ley supone que la heredad dominante está dividida, es decir, sujeta á partición; mientras que el segundo inciso, que da un ejemplo, supone que hay varios co-propietarios; ahora bien, no hay co-propiedad sino durante la indivisión; despues de la partición hay tanto propietario como porciones ó lotes (2). ¿Debe concluirse de aquí que la ley no prevee más que el estado de división ó el de indivisión? Ella, en realidad, prevee las dos hipótesis, sólo que la redacción no es lógica; cuando se establece un principio para el caso de *división*, no debe darse como ejemplo un caso de *indivisión*; pero poco importa, despues de todo. El principio se aplica, en efecto, en las dos hipótesis, en el sentido de que si el predio poseído primitivamente por un solo propietario llega á ser poseído por varios, todos pueden ejercer la servidumbre, sólo que el modo de ejercerla y los derechos de los propietarios difieren según que hay indivisión ó partición. Luego el legislador habría debido distinguir los dos casos. Vamos nosotros á hacerlo apoyándonos en los principios que rigen la indivisión y la partición combinados con los principios que rigen las servidumbres.

280. El predio dominante pasa por herencia á varias personas. ¿Cuál es su derecho mientras dura la indivisión?

<sup>1</sup> Demolombe, t. 12, p. 382, núm. 859. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, nota 361. Compárese Pardessus, t. 1º, nota 64, p. 154.

<sup>2</sup> Demolombe, t. 12, p. 379, núm. 856. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 245, núm. 361.

Los co-proprietarios disfrutan en común del predio, y siendo la servidumbre una calidad del predio, disfrutan también en común de la servidumbre. Nada se ha cambiado en cuanto al derecho de servidumbre, es después de la muerte del propietario lo que era antes, porque nada ha cambiado en el predio, sino que en vez de un propietario hay varios. ¿Pero este hecho solo no es un cambio? ¿y este cambio no es una agravación de la servidumbre? El artículo 700 decide que la servidumbre sigue debiéndose "sin que por ello se agrave la condición del predio sometido." A primera vista no se comprende cómo seguirá siendo la misma la carga, cuando el derecho lo ejercen varios en vez de uno solo. Existen servidumbres cuyo uso es el mismo, sea cual fuere el número de los propietarios del predio dominante. Una servidumbre de derrame de las aguas pluviales no cambia, sea que hay diez propietarios ó uno solo. En cambio, hay servidumbres cuyo ejercicio es más frecuente cuando hay varios propietarios del predio dominante al cual se debe aquélla. Tal es la servidumbre de paso; cuando la ejercen varias personas ¿no es más onerosa? ¿y no se agravará la condición del predio sometido? El art. 700 responde á nuestra pregunta. "Así es que, dice el artículo, si se trata de un derecho de paso, todos los co-proprietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo paraje." Durante la indivisión, esto no tiene duda, puesto que la servidumbre permanece la misma. Hay, sin embargo, una dificultad: ¿qué importa que el camino siga siendo el mismo? ¿si es más frecuentado no hay agravación de la servidumbre? La ley decide que no hay agravación. Ella supone, y tal es el rigor de los principios, que la servidumbre se ha establecido para utilidad del predio dominante, sin considerar el número de personas que ocupan el predio: que aumente ó que disminuya, el derecho es el mismo, luego también el gravamen. En otros

términos, el aumento del número de personas llamadas á disponer de la servidumbre ha entrado en las previsiones de los que han establecido las servidumbres; en efecto, ellas deben esperar un hecho que es una ley de la humanidad, el aumento de población, y la muerte que reparte los derechos del difunto entre sus herederos; un hecho previsto y usual no es una agravación de la servidumbre.

Dumoulin daba otra respuesta á nuestra cuestión. Partiendo del principio de que las necesidades del predio no aumenten, y que la servidumbre se deba al predio y no á la persona, él concluye que si en lugar de un propietario hubiese varios, el juez debe intervenir para arreglar la manera de ejercer la servidumbre, sin que de ello resulte una agravación de carga (1). Esto es factible en ciertas servidumbres; si por ejemplo, se otorgase un derecho de paso para la explotación de un predio rural, el juez podría decidir que los co-proprietarios se pusiesen de acuerdo para el ejercicio del derecho, de modo que el paso se practicara como lo estaba cuando vivía el que lo había estipulado. Pero la idea de Dumoulin es impracticable cuando el paso se establece para una casa; ¿cómo limitar, en este caso, el uso de la servidumbre de modo que diez personas no pasen como tampoco una sola? A decir verdad, el texto del código desecha la opinión de Dumoulin. En efecto, el art. 700 supone que en lugar de un propietario hay varios; todos pueden usar del paso, sin que pueda decirse que la servidumbre se agrave, con tal que se ejerza por el mismo paraje. Esto prueba que la ley no tiene en cuenta más que el estado del predio, y que no toma en consideración el número de las personas que usan la servidumbre.

1 Dumoulin, "Extricatio labyrinthi sexdecim legum," números 49-51. Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 27, p. 246, número 361; Demolombe, t. 12, p. 381, núm. 858.

281. La ley aplica el principio á una servidumbre indivisible, el derecho de paso. ¿Qué se resolverá si la servidumbre es divisible? Ordinariamente se dice que todas las servidumbres son indivisibles. Esto es demasiado absoluto. Dumoulin, gran partidario de la indivisión, confiesa que hay servidumbres divisibles, en el sentido de que la utilidad que ellas procuran al predio dominante es susceptible de división. Una toma de agua es divisible, puesto que el volumen de agua puede distribuirse en tantas fracciones como se quiera. El derecho de extraer marga del predio vecino se divide igualmente, puesto que puede dividirse la cantidad de marga, y puesto que en realidad se fija en razón de la extensión del predio dominante, lo mismo que la toma de agua se proporciona á las necesidades del predio para cuya ventaja se establece (1). Si el predio dominante se transmite por vía de herencia á varios propietarios los cuales lo poseen indivisamente, el número de los herederos en nada cambiará el uso de la servidumbre. Aquí se aplica el principio de Dumoulin. De que haya varios propietarios en lugar de uno, esto no modifica las necesidades del predio dominante; luego el volumen de agua seguirá siendo el mismo, y no variará la cantidad de la marga. Y si el título no se explica sobre este punto, y si las partes no se ponen de acuerdo, habrá lugar á intervención del juez, el cual arreglará el ejercicio de la servidumbre, sin tener en cuenta el número de los propietarios, y considerando únicamente las necesidades del predio (2).

282. Queda en pie una dificultad: ¿cómo ejercerá cada uno de los co-proprietarios la servidumbre, mientras dura la indivisión? Si la servidumbre es indivisible, ni siquiera

1 Dumoulin, "De dividuo et individuo," pars 3<sup>a</sup>, núm. 291.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2<sup>o</sup>, p. 346, núm. 362. Demolombe, t. 12, p. 384, núm. 860.

hay cuestió. No se pasa por una tercera ó una cuarta parte; luego por el hecho solo de que cada uno de los co-proprietarios tiene derecho al paso, puede usarlo en su totalidad, y aun le sería imposible ejercerlo por una parte. ¿Pero qué debe resolverse si la servidumbre es divisible? Dumoulin mantiene el principio: no hay más que una sola servidumbre, que se debe á un solo predio, este predio lo poseen pro-indiviso varios co-proprietarios, lo que da á cada uno el derecho de usar de todo el predio, luego también de toda la servidumbre, salvo que los co-proprietarios se arreglen entre sí para el ejercicio de la servidumbre. Ninguna duda hay acerca de este punto; así, pues, es inútil insistir (1).

283. Pasemos á la hipótesis en que el predio indiviso está sujeto á partición. Esto equivale, dicen los jurisconsultos romanos, á que desde el principio hubiese habido varios predios dominantes. En efecto, como la servidumbre se debe á cada porción del predio, cada porción se convierte en un predio dominante. ¿No es esto agravar la servidumbre? Mi heredad no debía servidumbre más que á un predio, ¿y ahora la debe á diez? La ley romana contesta: No, la condición del predio sirviente no se vuelve más onerosa, y aun en ciertos conceptos se hace más favorable (2). Esta última decisión parece singular, se explica por los principios que rigen la extinción de las servidumbres. Así como hay tantos predios dominantes como porciones, hay también otras tantas servidumbres, de donde se sigue que cada una de ellas podrá extinguirse; en este sentido la condición del predio sirviente será mejor, puesto que este predio podrá libertarse de una parte de la carga con que está gravado.

1 Demolombe, t. 12, p. 386, núm. 861. Demante, t. 2<sup>o</sup>, p. 633, número 556 bis, 4<sup>o</sup>.

2 Lib. 6, pfo. 1<sup>o</sup>, D., "si servindic" (8<sup>o</sup>, 5).

El código civil consagra esta doctrina. Si la heredad dominante está dividida, dice el art. 700, la servidumbre sigue debiéndose por cada porción; el artículo agrega: sin que por esto se agrave la condición del predio sometido. ¿Cómo puede ser esto? Si la servidumbre es indivisible, se aplica el art. 700; si se trata de un derecho de paso, todos los propietarios estarán obligados á ejercerlo por el mismo punto. Cierto es que el paso será más frecuente; pero como acabamos de decirlo, este hecho no se considera como una agravación de la servidumbre. Si la servidumbre es divisible, cada uno de los propietarios la ejercerá en la proporción de su derecho hereditario; esto no es más que la consecuencia lógica de la partición y de la divisibilidad del derecho, porque cada uno de los co-participes toma con su calidad la porción del predio que le toca en suerte, luego con su parte en el beneficio de la servidumbre, salvo á los herederos el convenir en otra manera de repartir el uso de la servidumbre; en todo caso el propietario del predio sirviente carece de interés para oponerse á esa división, porque la carga que grava su predio sigue siendo la misma. Si el título no fija la cantidad ó la medida en que tiene derecho el predio dominante, habrá lugar á la intervención del juez, como decía Dumoulin, á fin de impedir que la suma reunida de las necesidades particulares, ó por mejor decir, de las pretensiones particulares no sobrepase las necesidades del predio único, tales como eran antes de la partición; de lo contrario, habrá agravación de la condición del predio sometido; ahora bien, la ley no quiere que se agrave la servidumbre y también los principios se oponen á ello (1).

*Núm. 2. División del predio sirviente.*

284. El código no habla de la división del predio sir-  
1 Demante, t. 2º, p. 652, núm. 556 bis, 2º y 556 bis, 3º.

viente. Puede también estar dividido, sea á causa de la venta, sea á causa de la herencia. ¿Cuál será la influencia de esta división en la servidumbre? Si la heredad sometida es poseída indivisamente por varios herederos, nada absolutamente hay de cambiado en la carga que la agrava, ni en cuanto al derecho del dueño de la heredad dominante. El predio sirviente sigue siendo el mismo, y por consiguiente, también la servidumbre se ejercerá durante la indivisión como se ejercía cuando el predio pertenecía á un solo propietario.

No sucede lo mismo cuando el predio sirviente está dividido. Se presenta una primera cuestión. La parte del predio por donde se ejerce la servidumbre se pone en el lote de uno de los herederos: ¿las restantes porciones del predio estarán libertadas de la servidumbre? Supónese que la servidumbre no está limitada á la parte del predio por la cual se practica; si esta parte es la sola gravada, entonces no hay cuestión. Más si todo el predio es gravado, seguirá estándolo, hasta las porciones por las cuales no se ejercía la servidumbre, porque una cosa es el ejercicio de la servidumbre y otra el derecho. Así, pues, el derecho subsistirá en todas las porciones del predio. ¿Pero de qué manera se ejercerá?

Debe aplicarse, por analogía, al predio sirviente lo que la ley dice de la división del predio dominante. La división de la heredad sometida no puede agravar la condición de este predio. Luego si se trata de una servidumbre de paso, continuará ejerciéndose por el mismo punto. De esto podrá resultar que la servidumbre no se ejercerá sobre algunas porciones del predio que han venido á ser heredas separadas. La consecuencia de esto será que la servidumbre se extinguirá por falta de uso después de treinta años, salvo el que el propietario del predio dominante conserve su derecho por la interpretación de la prescrip-

ción. En efecto, la división del predio sirviente tiene el mismo resultado que la del predio dominante; habrá varios predios sirvientes, es decir, varias servidumbres distintas, y por consiguiente, cada una de ellas puede extinguirse. Si la servidumbre es divisible, cada una de las porciones del predio sirviente quedará gravada con el derecho en la proporción del derecho de los co-partícipes. Se aplican los principios generales que rigen la partición. Déjase entender que, en esta hipótesis, la servidumbre se extinguirá si no se ejerce durante treinta años en uno de los predios divididos (1).

§ VI.—DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LAS SERVIDUMBRES.

285. El código no habla de las acciones á que dan lugar las servidumbres, como tampoco habla de la acción que nace de la propiedad. Abandona esta materia á la doctrina. Hay, pues, que remontarse á la tradición. Pothier distingue dos acciones concernientes á las servidumbres, la *confesoria* y la *negatoria*; los términos tanto como los principios vienen del derecho romano. La acción "confesoria," dice Pothier, es una acción real por cuyo medio aquél á quien pertenece un derecho de servidumbre en alguna heredad concluye contra quien lo perturba en el uso de esa servidumbre, en que se le declare sujeto á ese derecho y en que se prohíba al demandado que lo perturbe. La acción *negatoria* es también una acción real que el propietario de una heredad intenta contra el que sin derecho se atribuye en ella alguna servidumbre, y concluye en que su heredad sea declarada libre de tal servidumbre, y que se prohíba al demandado que la use (2).

286. Estas dos acciones son concernientes al derecho y

1 Demolombe, t. 12, p. 428, núms. 907 y 910.

2 Pothier, "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 11.

son análogas á la acción de reivindicación. Las servidumbres dan también lugar á acciones posesorias. El que es propietario puede promover en lo petitorio conforme al derecho común, cuando se ve perturbado en el ejercicio de su derecho por el vecino que ejerce una servidumbre sobre su predio. Del mismo modo el que por espacio de un año ejerce pacíficamente una servidumbre puede hacerse mantener en posesión de ese derecho. Esto no es más que la aplicación del derecho común. Los inmuebles incorpóreos tanto como los corpóreos son susceptibles de posesión; luego el poseedor puede invocar el art. 23 del código de procedimientos que concede las acciones posesorias á todos los que por un año al menos están en pacífica posesión. La ley agrega: *á título no precario*. Esta condición es esencial; la posesión precaria no es una posesión, luego no puede ser protegida por las acciones posesorias. Síguese de aquí que las servidumbres discontinuas no dan lugar á una acción posesoria; el código no permite que se adquieran por la posesión de treinta años, porque la posesión de estas servidumbres es precaria por su esencia; por lo mismo no pueden dar lugar á acciones posesorias. Esto lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). Como la materia no entra en el objeto de nuestro trabajo, nos limitamos á asentar el principio.

287. Pothier dice que las acciones concernientes á las servidumbres son reales, porque nacen del derecho de propiedad ó del derecho de servidumbre, cuyos derechos son reales. Y como las servidumbres sólo existen sobre inmuebles, hay que añadir que son inmobiliarias las acciones á que dan lugar. Síguese de aquí que deben intentarse en el tribunal de la ubicación del inmueble que se preten-

1 Duranton, t. 5°, p. 633, núms. 632, 635. Demolombe, t. 12, páginas 459 y siguientes, núms. 939, 956, 956, y la jurisprudencia en Dalloz, "acción posesoria," núms. 445 y siguientes.