

les, ni aun intelectuales, porque repugna que una heredad tenga sobre la de su vecino una parte de derecho de paso, de vista, etc. El uso del derecho de servidumbre puede hallarse limitado á ciertos días, á ciertas horas; pero este uso cuyo derecho es limitado es un derecho entero de servidumbre, y no una parte de derecho.» 1

Esta teoría de la indivisibilidad de las servidumbres, establecida por el derecho Romano, y adoptada por las leyes 9, 10 y 18, tít. 31, Part. 3.^a, ha sido sancionada por el artículo 1,053 del Código civil, que declara expresamente que las servidumbres son indivisibles. 2

Es consecuencia de esta teoría legal, que, si el predio sirviente se divide entre muchos dueños, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponde: y si es el predio dominante el que se divide entre muchos, cada parcione-ro puede usar por entero la servidumbre, no variando el lugar de su uso ni agravándola de otra manera (art. 1,053, Cód. civ.). 3

Esta teoría de la indivisibilidad de las servidumbres, ha sido el objeto de laboriosa controversia entre los juristas, algunos de los cuales sostienen que tales gravámenes pueden disminuirse por la prescripción; que después de dividido un fundo, pueden ejercitarse por los propietarios, y que cada uno de ellos puede perder su derecho: en una palabra, que las servidumbres son divisibles.

Pero Bugnet, Danvila y otros, establecen la siguiente distinción que hace admisible la teoría á que nos referimos.

Según estos autores, si se consideran las servidumbres con relación al derecho que establecen, son indivisibles como toda obligación; porque el vínculo del derecho existe ó no, pero ni aun siquiera puede concebirse que exista en parte. Pero si se les considera con relación á su objeto, son como las obligaciones, divisibles ó indivisibles, según que la utilidad que hayan de producir ó el hecho que las constituya sea ó no susceptible de división.

Por ejemplo, si el hecho que constituye la servidumbre puede ejercerse en parte por una persona y en parte por otra, como cuando se tiene la facultad de pacer cierto número de animales en un campo, la servidumbre es divisible, supuesto que lo es ese número de anima-

1 Tomo I, pág. 312, núm. 3.

2 Artículo 952, Código civil de 1,884.

3 Artículo 952, Código civil de 1,884.

les. Pero si el hecho es tal que no puede ejercerse por una persona en parte, como el derecho de vía para ir de un lugar á otro, la servidumbre es indivisible.

Danvila, sostiene también que las servidumbres son las obligaciones de un predio sobre otro, y por lo mismo les son aplicables los principios que rigen á las obligaciones convencionales, cuya indivisibilidad no consiste simplemente en que el hecho sobre que recae sea susceptible de dividirse, sino en que este hecho, cuando tenga esta cualidad, se haya estipulado íntegramente. De manera, que la indivisibilidad puede provenir ó de la naturaleza de los hechos ó de la voluntad de los interesados. 1

Diversos son los efectos que produce la indivisibilidad de las servidumbres relativamente á su constitución y su extinción, de los cuales nos ocuparemos en su oportunidad.

Antes de ocuparnos de las circunstancias accidentales de las servidumbres, conviene advertir; que de la definición que da el Código civil, declarando que es un gravamen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra perteneciente á distinto dueño, se inferen las siguientes consecuencias:

1.^a Que la servidumbre debe limitarse á las necesidades del predio dominante, sin que pueda hacerse extensiva á las de otro predio:

2.^a Que no es necesario que el provecho ó utilidad para el predio dominante sea actual, sino que puede ser eventual. Por ejemplo, que se constituya una servidumbre en favor de un edificio por construir

III

Caracteres accidentales de las servidumbres.

Además de las circunstancias que hemos explicado en el artículo precedente, que son esenciales para la existencia de las servidumbres, hay otras que se llaman accidentales, porque no concurren en todas ellas, pero que pueden convenirles á todas; por cuyo motivo es

1 Libro del propietario, pág. 116.

necesario enumerarlas y definir las, tanto más cuanto que sirven de base á las reglas sobre la adquisición y la extinción de las servidumbres.

Estas circunstancias son la continuidad, la discontinuidad, la apariencia y la no apariencia, que dan origen á la distinción de las servidumbres en continuas, discontinuas, aparentes y no aparentes (artículo 1,046, Cód. civ.). 1

Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre, como son las de luces y otras de la misma especie (art. 1,047, Cód. civ.). 2

Son discontinuas aquellas cuyo uso necesita algún hecho actual del hombre, como son las de senda, carril y otras de esta clase (artículo 1,048, Cód. civ.). 3

Las servidumbres continuas no cambian su naturaleza por la circunstancia de ser necesario el hecho del hombre para ponerlas en ejercicio, como por ejemplo, en la de acueducto, que demanda la construcción de éste para que se puedan conducir las aguas; pues tal servidumbre no consiste en esa obra, sino en la traslación de éstas, la cual se verifica por sí sola por el acueducto.

Tampoco cambia la naturaleza de las servidumbres cuando el ejercicio de ellas no es continuo, pues el artículo 1,047 del Código declara expresamente que para que las servidumbres tengan aquella cualidad, basta que sea ó que pueda ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre. 4

Por este motivo, la servidumbre de goteras es continua, no obstante que no llueve sin cesar; pues como dice Pardessus, la servidumbre consiste menos en derramar las aguas sobre el predio vecino, que en poder gozar de este derecho cada vez que llueve, sin que sea necesario un nuevo hecho del hombre para constituir la servidumbre.

Son servidumbres aparentes las que se anuncian por obras ó signos exteriores, dispuestos para su uso y aprovechamiento; como un puente, una ventana, un cauce ú otros semejantes (art. 1,049, Código civil). 5

1 Artículo 945, Código civil de 1,884.

2 Artículo 946, Código civil de 1,884.

3 Artículo 947, Código civil de 1,884.

4 Artículo 946, Código civil de 1,884.

5 Artículo 948, Código civil de 1,884.

Son servidumbres no aparentes las que no presentan signo exterior de su existencia; como el gravamen de no edificar en cierto lugar, el de no levantar un edificio sino á una altura determinada, y otras semejantes (art. 1,050, Cód. civ.). 1

Las definiciones que preceden nos demuestran que la continuidad y la discontinuidad de las servidumbres son caracteres intrínsecos de ellas, y que la apariencia ó no apariencia no tienen este carácter porque estas circunstancias dependen más bien de las condiciones exteriores según las cuales se ejercen las servidumbres, que de éstas mismas.

Por ejemplo; una servidumbre de paso puede ser ó no aparente, según que se manifieste su ejercicio por una senda, vía ó carril, ó que no exista ninguna huella de ella.

Es preciso no confundir la apariencia con la continuidad de las servidumbres, error grave en que podría incurrirse, á causa de la semejanza que tienen entre sí por ser de un efecto no interrumpido ó continuo,

Hay muchas servidumbres cuyo efecto es constante, aunque no perceptible; como por ejemplo, la servidumbre de no edificar á una altura mayor de la que se ha determinado, que la ley clasifica entre las servidumbres no aparentes. Esta servidumbre no se revela por ningún signo exterior, pues no se puede conocer si la altura que se ha dado al edificio es efecto de ella ó de la voluntad del propietario de él, que ha estimado conveniente darle una elevación mayor; y sin embargo, es continua, porque el límite señalado á la altura del edificio, acredita la existencia del gravamen incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Las obras ó signos exteriores que constituyen la apariencia de las servidumbres, deben ser tales que demuestren la existencia de éstas en los predios sirvientes; pues serían inútiles si no fueran visibles para los propietarios de ellos.

Es decir: que esas obras, que esos signos exteriores, son demostrativos de la posesión del derecho del dueño del predio dominante, y que, como todos los actos posesorios, deben de ser ostensibles.

De donde se infiere, que las obras ó signos exteriores que anun-

1 Artículo 949, Código civil de 1,884.

cian la existencia de la servidumbre deben revestir los mismos caracteres que la posesión; esto es, que no deben ser precarios, ni transitorios, ni equívocos.

Pero conviene tener presente, que las obras ó signos exteriores, demostrativos de la existencia de las servidumbres, en nada influyen sobre la naturaleza de ellas por el lugar en que se encuentran; esto es, que el mismo efecto se obtiene, sea que las obras ó signos existan en el predio dominante, sea en el sirviente: como por ejemplo, en las servidumbres de acueducto y de luz, en la primera de las cuales existen las obras en el predio sirviente; y en la segunda en el dominante.

El Código civil no sanciona especialmente otra división que se hacía antiguamente de las servidumbres en positivas, afirmativas y negativas, que reproducen todos los autores.

Según éstos, son servidumbres negativas aquellas que impiden al propietario del predio sirviente hacer en él ciertas cosas. Tal es, por ejemplo, la servidumbre conocida en el tecnicismo científico bajo la denominación *altius non tollendi*, por la cual está impedido el propietario del predio sirviente de levantar su casa á mayor altura para no impedir la luz ó la vista al dominante.

Las servidumbres positivas ó afirmativas son aquellas en virtud de las cuales, tiene el dueño del predio dominante facultad de hacer algo en el sirviente, é imponen al de éste la obligación de sufrirlo ó tolerarlo. Tal es, por ejemplo, la servidumbre de senda, que faculta al dueño del predio dominante para introducirse y pasar por el sirviente, y obliga al propietario de éste á sufrir ó tolerar tal acto.

Esta distinción se estimaba de mucha importancia, relativamente á la adquisición y extinción de las servidumbres, pues la prescripción de las afirmativas comenzaba á correr desde el día en que se empezaban á ejercer; y en las negativas, desde que el propietario del predio sirviente impedía su ejercicio al del dominante.

Las afirmativas se perdían por el no uso durante el tiempo requerido para la prescripción; y las negativas no se perdían por el lapso del tiempo, sino por el cambio de estado de los predios que las reportaban.

Todos los autores están de acuerdo en que los caracteres acciden-

tales de las servidumbres á que nos acabamos de referir, pueden concurrir solos ó reunidos, de manera que éstas pueden tener uno ó más caracteres.

Así, por ejemplo, las servidumbres aparentes son á la vez continuas, como la de acueducto; las discontinuas son ordinariamente no aparentes, como la de paso á través de un campo; y es muy raro que las negativas no sean á la vez continuas y no aparentes. Por ejemplo, la servidumbre de no edificar más allá de cierta altura.

Según los autores, pueden formarse las cuatro combinaciones siguientes, por la concurrencia de los caracteres accidentales de las servidumbres.

- 1.^a Servidumbres continuas y aparentes, como la de luz:
- 2.^a Continuas y no aparentes, como la de no edificar:
- 3.^a Discontinuas y aparentes, como el paso por una puerta:
- 4.^a Discontinuas y no aparentes, como el paso á través de un campo.

Las servidumbres se constituyen para la subsistencia ó comodidad de un edificio ó del objeto á que éste se destina, ó para la comodidad ó usos de un objeto agrícola. Las primeras se llaman urbanas y las segundas rústicas, sin consideración á que la finca esté en poblado ó en el campo (art. 1,045, Cód. civ.). I

Esta distinción, tomada del art. 687 del Código Francés, que á su vez la tomó del derecho Romano, carece actualmente de utilidad, según la opinión de todos los autores, y está indicada de una manera inexacta.

En Roma era de suma importancia esta distinción de las servidumbres en rústicas y urbanas para su adquisición, porque las primeras se adquirían por la *mancipación*, y las segundas no; pero en la actualidad se adquieren ambas servidumbres de la misma manera, pues no existe entre ellas ninguna diferencia, y es, por tanto, inútil distinguir las.

Leconte se expresa en los términos siguientes, refiriéndose á la distinción de las servidumbres en rústicas y urbanas: «Esta distinción, que no debía entrar en nuestro Código, se ha insertado por inadvertencia: los redactores la han copiado servilmente de las obras

I Artículo 944, Código civil de 1,884.

de antiguos intérpretes que parecían no haber comprendido la verdadera doctrina de los jurisconsultos romanos sobre esta materia. Hemos visto que en Roma, la servidumbre rústica era la que *in solo consistit*, es decir, que no implica de ninguna manera la idea de una construcción, de un edificio cualquiera, y que se ejerce sobre el suelo edificado ó no; en tanto que la servidumbre urbana era la que *in superficie consistit*, que hace nacer en el espíritu la idea de un edificio, sin la cual no se la puede concebir. Por esto hemos dicho, que un derecho de paso era siempre una servidumbre rústica, sea que se hubiere establecido para el servicio de una casa, sea para la explotación de un terreno, así como el derecho de gotera de un techo, que tuviere por objeto la irrigación de un terreno edificado ó no, constituía siempre una servidumbre urbana. Había, pues, una línea de demarcación muy neta entre estas dos categorías de servidumbres y la naturaleza de cada una de ellas permanecía siempre la misma aunque el fundo dominante cambiara: *ratio non patitur ut eadem specie servitus nunc rustica, nunc urbana dicatur.*» (Vinnio, *Instit. de serv.* § I, núm. 1). 1

«Nuestro Código ha desconocido este principio tan lógico, diciendo que una servidumbre podrá ser urbana ó rústica, según que tenga por objeto la utilidad de un edificio ó de un terreno. Esta distinción está hoy completamente abandonada.»

Refiriéndose Marcadé á esta misma distinción, dice, que no se conoce la naturaleza de la servidumbre por la del predio dominante, en cuyo favor se constituye, sino por la del predio por el cual subsiste y se ejerce, sea dominante ó sirviente. Así, toda construcción, *superficies* es una heredad urbana; el suelo es una heredad rústica. Por consiguiente: siempre que la servidumbre subsiste y se ejerce por el suelo, es rústica; y cuando se ejerce y subsiste por un edificio es urbana: por ejemplo, el paso que se ejerce por un patio para llegar á una casa es una servidumbre rústica, aunque se haya constituido á favor de un predio urbano: y si en una localidad en que el agua es muy escasa y se le da un gran valor á la proveniente de las goteras, se concede ésta para la irrigación de un jardín, como la ser-

1 De l'acquisition des servitudes, pág. 39.

vidumbre subsiste por medio de un edificio, será urbana aunque se deba á un predio rústico. 1

Fundados en esas autoridades, y en virtud de que el artículo 1,045 del Código civil está copiado literalmente del 687 del Francés, podemos establecer también que la regla que contiene aquel es completamente falsa é inútil.

Finalmente: las servidumbres provienen del contrato ó de la última voluntad de los propietarios, y de la ley, ya sea que las establezca expresamente, ya sea que las autorice en virtud de la prescripción (art. 1,054, Cód. civ.). 2

De aquí nace otra división de las servidumbres en legales ó necesarias, que son las que deben su origen ó autorización á la ley; y en convencionales ó voluntarias, que son las que se establecen por contrato ó por testamento.

Siguiendo al art. 647 del Código Francés, declaró el nuestro en el 1,055, que todo propietario tiene derecho de cerrar y cercar su propiedad en todo ó en parte, á su costa, del modo que lo estime conveniente; salvas las servidumbres de uso público ó particular, que debiere por justo título, incluso el de la prescripción. 3

Los términos de esta declaración nos demuestran que el precepto que la contiene no trata de la constitución de una servidumbre, ni de designar una nueva especie, distinta de las que hemos definido, y por tanto, que se halla fuera de su lugar, y habría estado mejor colocada entre aquellos preceptos que definen la propiedad y señalan sus atributos.

En efecto: el derecho de cerrar y cercar á que se refiere el artículo 1,055 es una consecuencia del derecho de propiedad; y el propietario que lo ejercita, no pretende nada de sus vecinos, ni les impone ningún gravamen, sino que se sirve de su cosa dentro de los límites justos de su derecho de propiedad.

La consignación de este derecho entre las servidumbres no tiene explicación alguna que la justifique, porque entre nosotros no existen las causas que la motivaron en el Código Francés. En Francia se oponían al ejercicio de este derecho la caza y los placeres de los

1 Tomo II, núm 648.

2 Artículo 953, Código civil de 1,884.

3 Artículo 954, Código civil de 1,884.

grandes señores, el derecho de pasto conocido bajo las denominaciones de *vaine pature* y de *parcours* consagrados por el derecho consuetudinario, de cuyas restricciones libertó á los propietarios el artículo 647 del Código mencionado, acerca del cual dice Demante, que proclamando la ley la facultad de cerrar ó cercar, ha querido hacer evidente que ésta no podía restringirse, á causa de la incomodidad que su ejercicio hiciera sufrir á los vecinos. I

Entre nosotros, sea por la extensión de nuestro territorio, sea por las instituciones que nos rigen, no han respetado los propietarios los gravámenes cuya existencia destruyó el artículo 647 del Código Francés, y por lo mismo, es enteramente inútil y fuera de propósito la declaración contenida en el artículo 1,055 de nuestro Código Civil.

LECCION NOVENA

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

I

Preliminares.

En la lección precedente hemos considerado las servidumbres estudiando sus caracteres esenciales, que concurren en todas sin excepción alguna, y sin los cuales no pueden existir: esto es, las hemos considerado bajo su punto de vista general.

Ahora vamos á ocuparnos de su estudio, considerándolas bajo otro aspecto; esto es, con relación á su origen.

Las servidumbres deben su origen, ya á la naturaleza por la situación de los predios, ya á las prescripciones de la ley, que por el interés público ha establecido ciertos gravámenes que sirven para normar los respectivos derechos de los propietarios colindantes; ya de las necesidades y de las conveniencias recíprocas de los propietarios y que dependen de la voluntad de éstos.

De manera que las servidumbres provienen, como dijimos en la lección precedente, del contrato ó última voluntad de los propietarios, por cuyo motivo se les llama voluntarias; y de la situación de los lugares, sancionadas por la ley, y de las prescripciones de ésta, por lo cual se les llama legales.