

LECCIÓN DÉCIMA.

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS.

I

De las servidumbres voluntarias en general.

Las servidumbres de cuyo estudio nos hemos ocupado en la lección precedente, son las que deben su origen, según dijimos, á la naturaleza, por la situación de los predios, y 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.

Esas servidumbres existen sólo por determinación de la ley, sin que para nada medie la voluntad del propietario del fundo sirviente y muchas veces contra ella. Así es, que su número es muy limitado, pues la ley no ha podido hacer con sus prescripciones que se convierta la propiedad en el estado normal de servidumbre, sino que ha establecido reglas que limitan y marcan la extensión de ella sin desmembrarla.

Por el contrario, las servidumbres voluntarias, en cuyo estudio nos vamos á ocupar, llamadas así, porque deben su origen á la voluntad de los interesados, pueden ser tan numerosas y varias como pueden serlo los intereses y las conveniencias de aquéllos.

Es decir: que siendo las servidumbres efecto del derecho que tiene todo propietario de disponer libremente de las cosas de su pro-

piedad, el ejercicio de ese derecho no tiene otros límites que los impuestos á todos los contratos: esto es, que no tengan nada contrario al orden público.

En consecuencia: todo propietario de una finca ó heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo y forma que mejor le pareciere, siempre que no sean contrarias al orden público (art. 1,135, Cód. civ.). 1

El carácter esencial de estas servidumbres, que las distingue de las legales, consiste en la voluntad expresa ó tácita de los propietarios, ó que se deduce de hechos á los cuales está inherente la presunción legal del consentimiento: por ejemplo, en la prescripción, en la que se supone la voluntad de uno para adquirir, y la del otro para soportar la servidumbre.

Los actos por los cuales se constituyen las servidumbres voluntarias deben revestir no sólo las formas externas de validez que las leyes prescriben, sino también las condiciones intrínsecas que éstas exigen y sin las cuales sería imposible la existencia de tales actos. Por ejemplo: si el contrato tuviera por objeto un gravámen á favor de una persona y no se hubiera constituido para la subsistencia ó comodidad de un edificio, ó del objeto á que éste se destina, ó para la comodidad y usos de un objeto agrícola, no habría servidumbre, sino una obligación, porque no concurren las condiciones esenciales para la existencia de ella.

Como las servidumbres, según hemos dicho, son desmembramientos de la propiedad, se infiere que su constitución equivale á una enajenación en parte de la propiedad del predio sirviente, y por tanto, sólo pueden constituir las que tienen capacidad legal para enajenar sus bienes; y los que no pueden hacerlo sino con ciertas solemnidades y condiciones, no pueden imponerles servidumbres (art. 1,136, Cód. civ.). 2

Sin embargo, aunque el usufructuario no puede constituir verdaderas servidumbres sobre la finca ó heredad usufructuada, porque no tiene facultad de disponer de ella, sino de disfrutarla, puede conceder derechos análogos á las servidumbres, por el tiempo que dure

1 Artículo 1,029, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,030 Código civil de 1,884.

el ejercicio del usufructo, y bajo la condición de que el de éstos derechos no perjudique los intereses del dueño de la nuda propiedad. Y lo mismo puede decirse respecto del enfiteuta. 1

Cuando son varios los propietarios de un predio, no se puede imponer servidumbre sino con consentimiento de todos; porque perteneciéndoles el predio en común, uno solo no puede disponer de él ó gravarlo con perjuicio de los demás, pues sería injusto que por una porción pequeña que pudiera tocarle del fundo, tuviera facultad de perjudicar á los demás (art. 1,137, Cód. civ.). 2

Los intérpretes sostienen, fundados en varios preceptos del derecho Romano y de la legislación de las Partidas, que la constitución de la servidumbre hecha por uno solo de los condueños no es nula, y que sólo permanece su efecto en suspenso, hasta que otorgan su consentimiento los demás, sin que sea necesario que todos presten éste simultáneamente, porque el asentimiento de los últimos confirma el de los primeros. 3

Es decir, que para la imposición de una servidumbre sobre una finca ó heredad que poseen *pro indiviso* varias personas es necesario que concurra el consentimiento de todas, bien sea en un mismo acto, bien en diversos actos sucesivos, porque el hecho de uno solo no puede perjudicar á los demás.

Pero no es necesario el consentimiento de todos los copropietarios para la adquisición de la servidumbre, pues si uno solo de ellos la adquiere á favor del predio común, pueden aprovecharse de ella todos los propietarios; quedando obligados á los gravámenes naturales que traiga consigo y á los pactos con que se haya adquirido (art. 1,138, Cód. civ.). 4

La razón de la diferencia consiste en que, como dice Antonio Gómez, aunque son muchos los condueños, no es necesario que consientan todos, pues se presume que aceptan aquello que les produce utilidad. 5

1 Capolla, tract. I, cap. XIV, núm. 12, Toullier, tomo III, núm. 567; Pardessus tomo II, núm. 247; Durantón, tomo V, núm. 541; Demolombe, tomo XII, núm. 736, Zachariae, § 250; Aubry y Rau, tomo III, pág. 72.

2 Leyes 2, tit. 1, lib. 6, § 1, tit. 4 y 11, tit. 5, lib. 8, D. y 10, tit. 31, Part. 3.^a, y artículo 1,031, Código civil de 1,884.

3 Leyes 18, tit. 4 y 11, tit. 3, lib. 8, D., y 10, tit. 31, Part. 3.^a.

4 Artículo 1,032, Código civil de 1,884.

5 Var. Res. II, cap. 10, núm. 16,

En cuanto á la condición bajo la cual permite la ley que los condueños se aprovechen de la servidumbre adquirida por uno de ellos á favor del predio común, no es más que la consecuencia del principio que declara que el individuo que se aprovecha de las utilidades de una cosa, debe reportar sus incomodidades; y de aquél que prohíbe enriquecerse á expensas y con perjuicio de otro.

Aunque el Código nada dice respecto de la capacidad de las personas que constituyen ó adquieren las servidumbres voluntarias, sin duda porque dominan en ellas las reglas que rigen en la celebración de los contratos, es evidente que sólo pueden imponer servidumbres las personas que tienen la libre administración de sus bienes, supuesto que éstas son enajenaciones en parte de la propiedad, y por tanto, que carecen de esa aptitud los menores de edad, los incapacitados y las mujeres casadas, y que aquéllos no pueden constituir servidumbres, si no es por medio de sus tutores y con licencia judicial, y éstas completando su capacidad jurídica con la intervención ó licencia de sus maridos.

La capacidad para imponer servidumbres no se pierde por el propietario, porque antes haya constituido otras en el mismo predio de la misma ó diversa especie, siempre que los nuevos gravámenes no perjudiquen ó entorpezcan los derechos creados por los anteriormente constituidos, pues la ley prohíbe expresamente al dueño del predio sirviente que menoscabe de modo alguno la servidumbre constituida sobre éste (art. 1,150, Cód. civ.). 1

La teoría que acabamos de establecer, no tiene sanción expresa en el Código civil, sin duda porque la constitución de las servidumbres no priva al dueño del predio sirviente del derecho de propiedad, el cual le faculta para disponer libremente de aquél, pero tiene firmísimos fundamentos en los preceptos del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, que no sólo establecen dicha teoría, sino que también especifican por vía de ejemplo varias servidumbres que pueden existir simultáneamente en un mismo predio. Tales son, por ejemplo, las leyes 15, tit. 4, y 2, § 1 y 2, tit. 3, lib. 8; 4, tit. 20, lib. 43, D.; 4 y 5, tit. 31, Part. 3.^a

Por la misma razón, y fundados en la ley 205, tit. 17, lib. 50, del

1 Artículo 1,044, Código civil de 1,884,

Digesto sostienen Pardessus y otros muchos autores, que la existencia de una hipoteca sobre un predio, no impide al propietario la constitución sobre él de una servidumbre, por más que el nuevo gravamen disminuya su valor, porque la hipoteca no priva al propietario de la propiedad ni del derecho inherente á ella de disponer del predio.

Pero esos mismos autores se han dividido en cuanto á los efectos de la servidumbre con relación al derecho hipotecario, sosteniendo diversas teorías, que no exponemos por no ser propias de la naturaleza de estas lecciones, y porque no pueden tener entre nosotros aplicación práctica, supuesto que, por nuestro derecho, están sujetos á inscripción los títulos constitutivos de derechos reales impuestos sobre bienes inmuebles, que modifican la propiedad; y la inscripción hace que los contratos registrados produzcan su efecto, con relación á tercero, desde la fecha del título respectivo.

Es decir, que la inscripción le da al acreedor hipotecario la prelación de sus derechos, produciendo el efecto indicado en el axioma que dice: *Qui prior est tempore, potior es jure*, y en virtud del cual no sufre perjuicio alguno su derecho por la constitución de una nueva servidumbre.

Nuestra opinión tiene en su apoyo la autoridad de Demolombe,¹ Solon,² y Grenier,³ quienes sostienen, con razón, que aquél que impone una servidumbre sobre un predio gravado ya con una hipoteca, debía conocer este gravamen, ó procurar conocerlo; y si á pesar de este conocimiento celebra el contrato, debe sufrir sus consecuencias que no son injustas; en virtud del principio que dice: *Volenti non fit injuria*,

Así como para constituir una servidumbre es necesario tener la propiedad del predio sobre el cual se impone, también es preciso que la persona que la adquiere tenga el dominio del predio dominante. Sin embargo, se puede estipular una servidumbre para el caso en que el estipulante llegue á adquirir la propiedad del predio á cuyo favor se constituye, y por el poseedor de buena fe, el usufructuario y el enfiteuta; porque se presume que los verdaderos dueños consienten en aquello que redundará en beneficio del fundo, y que el grava-

¹ Tomo XII, núm. 749.

² Des servitudes, núm. 362.

³ Des hipoteques, tomo I, pág. 317.

men se ha constituido atendiendo al interés de éste y no al de las personas de aquéllos.

Hay que advertir, que el principio que acabamos de establecer sólo es aplicable á las servidumbres constituidas á título oneroso, porque si provienen de título gratuito habrá casos en que no pueda tener aplicación, como cuando se lega una servidumbre á un usufructuario; pues en tal caso se entiende constituida en consideración á la persona y no en favor del predio, y por tanto, se debe extinguir con el derecho de aquél.

Establecidos estos precedentes, vamos á ocuparnos en los modos de constituir las servidumbres voluntarias.

II

Cómo se adquieren las servidumbres voluntarias.

La servidumbre es, como hemos dicho, un desmembramiento del derecho de propiedad, un gravamen que deprecia la heredad sobre la cual se ha constituido y que forma un estado anormal de ella, cuya existencia no se presume, porque constituye un estado especial fuera del orden común de las cosas.

Por este motivo, declara la ley que la existencia de la servidumbre no se presume, sino que toca probar al que pretende tener ese derecho, aunque esté en posesión de él, el título en virtud del cual lo goza (art. 1,141, Cód. civ.). 1

Esta declaración legal es tanto más justa, cuanto que no sólo tiene por objeto garantizar la libertad de las heredades en beneficio de la agricultura, sino evitar también que los actos de mera tolerancia que deben su origen á condescendencias producidas por relaciones de buena vecindad, se conviertan en una fuente inagotable de litigios y en la causa de gravámenes depreciativos del valor de las propiedades.

Por la misma razón ha establecido varias reglas encaminadas di-

1 Artículo 1,035; Código civil de 1,884.