

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.

rectamente á la manera de adquirir y probar la existencia de las servidumbres en cuyo estudio nos vamos á ocupar.

Los artículos 1,139 y 1,140 del Código civil declaran, que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por cualquier título legal, inclusa la prescripción, y que las continuas, no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes, no podrán adquirirse por prescripción, sino por otro título legal. 1

En otros términos, las servidumbres continuas y las discontinuas, aparentes ó no, se adquieren por cualquiera título legal, y por prescripción sólo se pueden adquirir las continuas y aparentes.

Grande controversia se ha suscitado entre los autores, acerca de la verdadera significación que tiene la palabra *título*, empleada por la ley, sosteniendo unos, que significa la causa eficiente del derecho y el principio generador de la servidumbre, como la compraventa, la permuta, la transacción, la donación, el testamento, etc. 2

Según otros, la palabra *título* significa un acto jurídico que produce un efecto legal, y es por sí mismo constitutivo de un derecho, haciendo abstracción de todo escrito. 3

Pardessus sostiene que por la palabra *título* se deben entender todos los documentos, propios para demostrar el establecimiento de las servidumbres, y para suministrar una prueba escrita de ellas. 4

Finalmente: Vanier afirma que tal palabra significa, actos escritos constituyendo y demostrando al mismo tiempo la concesión voluntaria de una servidumbre; y en su apoyo invoca la legislación anterior al Código de Napoleón, de donde están tomados los preceptos en cuyo estudio nos ocupamos, la significación técnica de la palabra título, y multitud de razones y autoridades que no exponemos por no permitirlo la naturaleza de estas lecciones. 5

Nos inclinamos á la opinión de Vanier, porque á nuestro juicio es perfectamente fundada, y porque encuentra un firme apoyo en preceptos expresos de nuestro Código, como el art. 3,339 que manda, que se inscriban en el Registro público los títulos en que se cons-

1 Artículos 1,033 y 1,034, Código civil 1884.

2 Laurent, tomo VIII, núm. 147; Demolombe, tomo XII, núm. 729; Demante, tomo II, núm. 545 bis, I.

3 Dalloz, Repert. v.º Serv., núm. 977; Delsol, tomo I, pág. 468.

4 Tomo II, núms. 242 y 243.

5 Questions notables sur les servitudes, pág. 80 y sig.

tituyan usufructo, uso, habitación, servidumbre, concesiones de minas, etc; y el artículo 3,330 que declara, que sólo pueden inscribirse los títulos que constan de escritura pública y las sentencias y las providencias judiciales certificadas legalmente. 1

Resulta del texto del artículo 1,139 del Código civil, que las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse no sólo por todos aquellos actos jurídicos expresos en que interviene la voluntad de los interesados, como compraventa, permuta, donación, testamento, etc., sino también por la posesión continuada por el tiempo de la ley; esto es, por la prescripción.

Según el antiguo derecho Romano, las servidumbres no podían adquirirse por prescripción, porque siendo cosas incorpóreas, no eran susceptibles de ser poseídas; pero posteriormente se estableció la jurisprudencia que admitía la usucapación solamente respecto de las servidumbres urbanas. Sin embargo, la ley Scribonia abolió esta usucapación, y sólo en tiempos posteriores vino á reconocerse que el largo uso se debía considerar como un modo de adquirir las servidumbres, principalmente si eran urbanas. 2

De este precedente se deriva la ley 15, tít. 31, Partida 3.ª, que reconocía la prescripción como uno de los medios de adquirir las servidumbres continuas y aparentes, y la vedaba para las discontinuas, las cuales sólo podían adquirirse por prescripción inmemorial.

Inspirándose nuestro Código en el Francés, vino á establecer reglas perfectamente claras y comprensibles sobre esta materia de tan trascendental importancia, en la que antes de ahora había confusión, declarando:

1.º Que son susceptibles de adquirirse por prescripción las servidumbres continuas y aparentes:

2.º Que este modo de adquirir no es aplicable á las servidumbres continuas no aparentes y á las discontinuas, sean ó no aparentes.

La ley ha establecido esta diferencia con perfecta justicia, por las razones que vamos á exponer brevemente.

Aunque las servidumbres son cosas incorpóreas, sin embargo son susceptibles de una posesión, que, como hemos dicho, consiste en el

1 Artículos 3,200 y 3,191, Código civil de 1884,

2 Ley 20, tít. 2, lib. 8, D.

goce del derecho por una parte y la tolerancia de él por otra, cuya posesión se hace perfectamente perceptibles en las servidumbres continuas y aparentes que necesitan para su existencia de obras exteriores, que importan una modificación de los predios.

Las servidumbres discontinuas aparentes no son susceptibles de adquirirse por prescripción, según varios jurisconsultos, porque su posesión no es continua como lo exige la ley para que se produzcan los efectos jurídicos de este medio de adquirir. 1

Pero esta explicación es enteramente infundada, y la verdadera causa de la diferencia establecida por la ley consiste en que la posesión en esta especie de servidumbres se considera siempre equívoca, que no llena los requisitos de la ley, y que debe su origen á actos de mera tolerancia, debida á las relaciones amistosas de vecindad. 2

Las servidumbres discontinuas no aparentes no son susceptibles de adquirirse por prescripción, porque no siendo sensibles los actos posesorios que las constituyen, no llenan el requisito de publicidad, que, como esencial para que se opere ese modo de adquisición, exige el artículo 1,187 del Código civil. 3

Pero para que las servidumbres continuas sean prescriptibles, es absolutamente indispensable que sean aparentes, pues si sólo tienen una ú otra cualidad no pueden adquirirse por prescripción, como con toda claridad se deduce del texto legal que usa de la conjunción copulativa y para indicar que la concurrencia simultánea de ellas constituye un requisito esencial para que la posesión se convierta en un medio de adquirir las servidumbres.

La posesión necesaria para la prescripción de las servidumbres, debe reunir los caracteres que señala el artículo 1,187 del Código; esto es, debe ser fundada en justo título, de buena fe, pacífica, continua, y pública; y si falta alguno de ellos no podrá producir ningún efecto jurídico.

Como sólo son prescriptibles las servidumbres aparentes, se infiere que es absolutamente indispensable que haya signos exteriores

1 Delvincourt, tomo I, pág. 172, nota 1^a; Duranton, tomo V, núm. 578; Marcadé, art. 690, núm. 1, y Pardessus, tomo II núm. 276.

2 Proudhon, De l'usufruit, tomo VIII, núms. 3,583 y 3,588; Toullier, tom. II, núms. 621 y 623; Belime de la possession, núms. 256 y 256 bis; y Demolombe, tomo XII, núm. 786.

3 Artículo 1,079, Código civil de 1,884.

y visibles que revelen su existencia; y que la posesión útil que produce la prescripción, no comienza á correr, sino desde el día en que se terminan las obras ó trabajos aparentes necesarios para el ejercicio de ellas.

Es necesario además, que las obras construídas se conserven por todo el tiempo que la ley exige para la prescripción, porque siendo unos signos demostrativos de la posesión, si no llenaran ese requisito, dejaría de ser continua, y no podría producir aquel efecto jurídico.

Grave controversia se ha suscitado acerca de si las obras demostrativas de la existencia de la servidumbre se deben ejecutar en el predio sirviente ó sólo sobre el dominante para que pueda adquirirse por prescripción; pero ha prevalecido la teoría de aquellos que sostienen que tales obras se pueden construir indistintamente sobre uno ó sobre otro predio, porque no existe ningún precepto legal que disponga otra cosa, y antes por el contrario hay servidumbres para cuyo ejercicio se construyen siempre las obras necesarias en el predio dominante; como la servidumbre de vista, que se ejerce por las ventanas abiertas en los muros de la propiedad exclusiva del dueño del predio dominante. 1

Es fuera de toda duda que, siendo las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre los signos posesorios y demostrativos de la existencia de ella, es indispensable que se conserven y subsistan en el estado en que se construyeron, durante todo el tiempo de la prescripción.

De lo expuesto se infiere, que no son susceptibles de adquirirse por prescripción:

- 1.º Las servidumbres que son á la vez discontinuas y no aparentes;
- 2.º Las servidumbres discontinuas y aparentes;
- 3.º Las servidumbres continuas no aparentes.

Los autores sostienen generalmente que, aunque conforme á los preceptos legales no se pueden adquirir por la prescripción las servidumbres discontinuas y las no aparentes, esto no quiere decir que no pueda adquirirse por este medio la propiedad del predio en que se ejercen los actos constitutivos de tales servidumbres.

1 Pardessus, tomo II, núm. 280; Toullier, tomo II, núm. 634; Zachariae, tomo II, § 251; Demolombe, tomo XII, núm. 777; Aubry y Rau, tomo III, § 251; Vazaille Des prescriptions, núm. 42.