

Esta teoría que es de origen enteramente francés, y que tiene en su apoyo la jurisprudencia de los tribunales franceses, puede tener entre nosotros una exacta aplicación, supuesto que los artículos 1,139 y 1,140, son tomados de los preceptos que sirven de base á esa jurisprudencia.

Ella ha servido de fundamento á Machelard para criticar el sistema adoptado por el Código francés sobre la adquisición de las servidumbres por prescripción, que es el adoptado por el nuestro, aseverando que es defectuoso; pues si es cierto que en el mayor número de los casos no debe considerarse el ejercicio de la servidumbre discontinua como una posesión bastante para producir la prescripción, porque, el dueño del predio los ha permitido por mera tolerancia, no se infiere que en todos los casos debe ser así. Y cita en su apoyo el caso en que un individuo ha pasado durante el tiempo de la prescripción por el predio vecino, ejecutando obras que marcan perfectamente su paso y que en toda la extensión del camino hacen el terreno inhábil para su cultivo.

De donde inflere, que queriendo proteger el legislador de una manera demasiado enérgica la propiedad, poniéndola al abrigo de la prescripción de una servidumbre, ha conseguido comprometer su existencia, cuando habría sido preferible que dejara la prescripción de las servidumbres sujeta á las reglas del derecho común.

Si una heredad reporta una servidumbre á favor de otra y las dos pasan al dominio de una misma persona, se extingue la servidumbre por confusión, en virtud del principio que dice: «*Nemini res sua servit;*» pero si el propietario trasmite la propiedad de una de las heredades á otra persona, surge la cuestión acerca de si la servidumbre revive ó continúa.

Según el derecho Romano y la legislación de las Partidas, la confusión ó reunión de la propiedad de las dos heredades en una misma persona, extingüía la servidumbre de una manera tan absoluta, que si el propietario transmitía la propiedad de alguna de ellas, no revivía la servidumbre, á no ser que mediara una declaración expresa de los contratantes de su voluntad de hacerla revivir. 1

1 Leyes 30, tit. 8, D., y 17, tit. 31, Part. 3.^a

Este mismo principio se halla sancionado en el artículo 1,143 del Código civil, salvo el caso en que exista un signo aparente de servidumbre. De manera que, según este precepto, la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido ó conservado por el propietario de ambas, se considera como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, cuando las fincas pasan á la propiedad de diferentes dueños; á no ser que al tiempo de dividirse la propiedad se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas. 1

Este precepto está tomado casi literalmente del artículo 694 del Código Francés, que ha dado lugar á laboriosas controversias entre los comentaristas de este ordenamiento y á cinco teorías distintas, á causa de su antinomia con otros preceptos, controversias de las que nos hallamos libres, porque en nuestro Código no se adoptaron tales preceptos.

Sin embargo, con la brevedad que demanda la naturaleza de estas lecciones, tenemos que ocurrir, para la inteligencia del artículo 1,143 citado, á las doctrinas de aquellos comentaristas, porque su origen no nos permite consultar á otros.

Según Pardessus, Zachariæ, Marcadé y Laurent, la servidumbre revive, cualquiera que sea su naturaleza; es decir, sea continua ó discontinua, siempre que haya un signo de su existencia; de manera que una servidumbre de paso que se revela por una puerta, revive si después que se extingue por la confusión, cambia de propietario una de las heredades.

Según la opinión general, sancionada por la jurisprudencia, para que pueda aplicarse la regla establecida, debe ser tal el signo aparente de la servidumbre, que no deje duda alguna de la existencia de ella, sin que sea preciso que consista en obras de arte ó de albañilería, siempre que sea permanente, esto es, que indique el propósito del que lo construyó de ejercer la servidumbre á perpetuidad.

Es necesario además, que el contrato en virtud del cual se trasmite una de las heredades no contenga ninguna cláusula relativa á la servidumbre, sin que la general que se acostumbra insertar en los títulos de enajenación baste para que se aplique la regla del artículo

1 Artículo 1,037, Código civil de 1,884.

lo 1,145 del Código, que no supone la inserción de una cláusula general, de ningún valor por ser de rutina, sino de una especial y expresa.

Finalmente: la regla expresada supone que la servidumbre ha existido antes que las dos fincas pertenecieran á un mismo dueño; de donde se infiere, que es también requisito esencial para su aplicación, que haya dos predios de los cuales el uno reporte la servidumbre á favor del otro; y en consecuencia, que tal regla no es aplicable al caso en que el propietario de una finca establezca una servidumbre en una parte de ella á favor de la otra.

La existencia de las servidumbres no se presume, sino que el individuo que está en posesión de ellas tiene que probar el título en virtud del cual las goza; y satisface esta obligación exhibiendo el instrumento en que se ha hecho constar el acto ó contrato que le transmitió tales derechos (art. 1,141, Cód. civ.). 1

Pero puede acontecer que, por diversas causas, carezca el dueño del predio dominante del título constitutivo de las servidumbres; y previendo el legislador tal caso, declaró que la falta del título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción se puede suplir finicamente por confesión judicial ó reconocimiento hecho en escritura pública por el dueño del predio sirviente, ó por sentencia ejecutoriada que declare existir la servidumbre (artículo 1,142, Cód. civ.). 2

Este precepto está tomado casi en su totalidad, del artículo 693 del Código Francés, el cual ha sido criticado de oscuridad en su redacción; porque refiriéndose sólo á las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, se puede inferir que respecto de aquellas que son susceptibles de adquirirse por este medio, se puede suplir el título constitutivo por el reconocimiento hecho en escritura pública por el propietario del predio sirviente; siendo así que sólo ha querido recordar, que respecto de las servidumbres continuas y aparentes se puede suplir el título constitutivo por la posesión durante el tiempo que la ley señala para que se consume la prescripción,

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

2 Artículo 1,036, Código civil de 1,884.

Se ha juzgado tanto más viciosa la redacción de ese precepto, cuanto que es el resultado de una lamentable confusión entre el título constitutivo de la servidumbre y el instrumento ó escritura públicos destinados á demostrar la existencia de ese título; y además, se le estima inútil, porque el reconocimiento no es más que una confesión, la cual hace plena fe contra el que la produce, según otros preceptos legales, que no ha habido necesidad de reproducir. 1

Para que el reconocimiento y la confesión judicial sustituyan al título constitutivo, es necesario que se refieran á la existencia de una servidumbre que reporta un predio en beneficio de otro, aun cuando el acto á que se refiere aquel título se haya declarado nulo; y se necesita además que emanen del propietario del predio sirviente, porque siendo el único que puede constituir la servidumbre, solamente él puede reconocer su existencia.

Pero no es necesario que concorra con el reconocimiento ó la confesión judicial, el consentimiento del dueño del predio dominante, porque tales actos no son unos contratos cuya existencia demande el concurso de las voluntades de los interesados, sino las pruebas de un hecho, que resultan de la manifestación unilateral de la voluntad del que hace el reconocimiento ó la confesión de la servidumbre. 2

La sentencia sustituye también al título constitutivo de la servidumbre, cuando á consecuencia de un juicio, declara el tribunal competente que existe tal gravamen á favor del predio del dominante; cuya declaración tiene, como todos los actos de los funcionarios públicos, pleno valor probatorio, la misma eficacia que las escrituras públicas.

Toda servidumbre supone necesariamente la facultad de ejercer otras servidumbres accesorias sin las cuales sería imposible su ejercicio. Así, por ejemplo, la servidumbre de tomar agua de la fuente ó del pozo del vecino importa necesariamente el derecho de pasar por el predio de éste para llegar á una ú otro.

Pero como es de suponer, las servidumbres accesorias no tienen una existencia propia y distinta de la principal, sino que dependen

1 Demolombe, tomo XII, núm. 755; Laurent, tomo VIII, núm. 151.

2 Laurent, tomo VIII, núm. 152.

de la de ésta, de manera que su extinción produce necesariamente la de aquéllas.

De donde se infiere, que el ejercicio solo de una servidumbre accesoria no basta para conservar la principal, sino que es necesario ejercer aquellos actos que la constituyen.

Estos principios que no necesitan demostración, porque son evidentes, se hayan condensados en el artículo 1,144 del Código civil que declara, que al constituirse una servidumbre se entienden concedidos todos los medios necesarios para su uso; y extinguida aquélla cesan también estos derechos accesorios. 1

El mismo Código declara en el artículo 1,145, que la extinción de la servidumbre, no comprende la de aquéllos medios que se han obtenido por un título independiente de la servidumbre; pero, á nuestro juicio, tal declaración es enteramente inútil, pues si tales derechos se han concedido para el ejercicio de la servidumbre ó para hacerlo más fácil, es evidente que no tienen razón de ser, extinguida ésta, aunque se hayan concedido por un título distinto, si no es en el caso de que no tengan el objeto indicado. 2

III

Derechos y obligaciones del propietario del predio dominante.

El uso y la extensión de las servidumbres establecidas por la voluntad del propietario, se arreglan por los términos del título en que tengan su origen, y en su defecto por las reglas en que nos vamos á ocupar (art. 1,146, Cód. civ.). 3

Es decir, que siendo libres los propietarios para imponer á sus propiedades los gravámenes que les parezcan, su voluntad expresada en términos claros, es la única medida que arregla la extensión y

1 Artículo 1,038, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,039, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,040, Código civil de 1,884.

límites de sus derechos y obligaciones, y la de los dueños de los predios sirvientes.

Pero cuando hay omisión ó falta de claridad en el título constitutivo de la servidumbre, la ley viene á llenar los vacíos que en él se encuentran, pero haciendo predominar los principios de la interpretación restrictiva; porque siendo las servidumbres una derogación de la libertad natural, como dice Domat, se les debe restringir á lo absolutamente preciso para la necesidad de los fundos á cuyo favor están constituidos, disminuyendo su incomodidad en cuanto sea posible. 1

Esta teoría se encuentra especialmente sancionada en el artículo 1,155 del Código civil que declara, que cualquiera duda sobre el uso y extensión de la servidumbre se debe decidir en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, sin imposibilitar ó hacer muy difícil el uso de la servidumbre. 2

Esta teoría verdaderamente justa y fundada en los principios de la más estricta equidad, apoya y concilia los intereses de los propietarios de los predios dominante y sirviente, haciendo menos gravosa la servidumbre para éste, pero respetando los derechos de aquél, á los cuales señala solamente límites justos, á fin de evitar contiendas trascendentales.

La regla que establece el artículo 1,155 para determinar el uso y extensión de la servidumbre es sólo aplicable á las constituidas por la voluntad de los interesados expresadas en un acto jurídico, es decir, en un contrato ó en un testamento; pero no lo es á aquellas que se adquieren mediante la prescripción, pues la extensión y efectos de ellas se determinan según el principio que dice: *Quantum possessum, tantum prescriptum*. Es decir: que el propietario del predio dominante sólo puede ejercer la servidumbre dentro de los límites y con las restricciones que han acompañado á la posesión á que debe su origen. 3

La posesión puede servir también para determinar el uso y extensión de las servidumbres constituidas por título, cuando en éste no

1 Lib. I, tit. 12, sect. 1^ª núm. 9.

2 Artículo 1,049, Código civil de 1,884.

3 Toullier, tomo III, num. 533; Pardessus, tomo II, num. 237; Demolombe, tomo XII, num. 588; Demante, tomo II, num. 535 bis II; Aubry y Rau, tomo III § 253.