

cia de una servidumbre, á no ser la situación del canal relativamente á las tierras ribereñas; esto sería á lo sumo un *signo* pero no una *obra*. Se ve, por este caso, qué importante es ceñirse al texto del art. 689, que exige *obras* exteriores para que la servidumbre sea aparente.

§ IV.—DE LAS SERVIDUMBRES POSITIVAS Y NEGATIVAS.

143. Las leyes romanas dicen que toda servidumbre consiste, por parte del propietario del predio sometido, en sufrir ó en no hacer. Por esto se llaman servidumbres positivas ó afirmativas las que obligan al predio sirviente á sufrir ó permitir algo, y se da el nombre de negativas á las que obligan al propietario del predio sirviente á no hacer algo. Las servidumbres de no edificar ó de no hacerlo más allá de cierta altura son servidumbres negativas, mientras que las servidumbres de paso y de vista son servidumbres positivas. Resulta de estas definiciones que todas las servidumbres negativas son continuas; en efecto, como consisten en no hacer, ne exigen ciertamente el hecho actual del hombre para ser ejercidas (1).

Demolombe dice que esta distinción es de pura teoría (2). Ciertamente es de doctrina, supuesto que la ley no la establece; pero no carece de utilidad en lo concerniente á la adquisición de la posesión de las servidumbres. Volveremos á ocuparnos de esto al tratar del establecimiento de las servidumbres por la posesión de treinta años.

SECCION II.—*Como se establecen las servidumbres.*

144. El código civil acepta tres modos de establecer las

1 Durantou, t. 5º, p. 526, núm. 497. Aubry y Rau, t. 3º, p. 68 y notas 14 y 15.

2 Demolombe, t. 12, p. 227, núm. 722. Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 68, nota 14.

servidumbres por el hecho del hombre: el título, la posesión de treinta años y el destino del padre de familia (artículos 690 y 692). ¿Existe un cuarto modo? Pardessus dice que el juez cría á veces y constituye servidumbres que todavía no existían (1). Pero las explicaciones en que entra prueban que la verdad es que las servidumbres no se establecen por fallo judicial, resultan de un consentimiento voluntario ó forzado que el juez no tiene más que hacer constar conforme á los principios que rigen las servidumbres así como la misión del poder judicial, y en esto no cabe la menor duda. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad, y por esto es de principio, como vamos á decirlo, que las servidumbres no pueden establecerse sino por el propietario que tiene la capacidad de enagenar. Hay que preguntar si los tribunales son propietarios ó si la ley les confiere el derecho de enagenar en todo ó en parte las heredades de los particulares. Se opera una partición judicial. A causa de la composición de los lotes, sucede que uno de los predios queda enclavado; los peritos proponen que se establezca un paso por el predio ribereño de la vía pública. ¿Es esta una servidumbre judicial? Nó, porque la partición que se hace judicialmente es un contrato judicial que implica un concurso de voluntades, y por lo tanto, la servidumbre es convencional. Lo mismo sería si una escritura de partición extrajudicial no hiciera ninguna mención de un paso en provecho del lote enclavado, no por ello el propietario dejaría de tener el derecho de reclamar un paso; al concederlo el tribunal no constituiría una servidumbre, no haría más que reconocer y hacer constar la voluntad de las partes contratantes (2).

1 Pardessus, t. 2º, p. 65, núm. 273. Ducaurroy, Bonnier y Rous-tain, t. 2º, p. 232, núm. 346.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1842 de la sala de lo civil (Daloz, *Servidumbre*, núm. 980).

¿Puede también el tribunal ordenar que algunas partes de la heredad, como el patio y la parte cochera, permanezcan comunes entre los co-partícipes? Se ha fallado por la corte de casación que esta decisión no contraviene al art. 815 que prohíbe la indivisión forzada, "porque la comunidad de ciertas partes de los objetos divididos constituye una servidumbre recíproca de uno de los propietarios hacia el otro" (1). La servidumbre suscita más de una duda. En primer lugar, no es exacto decir que la indivisión forzada es una servidumbre: esto es confundir la servidumbre con la co-propiedad. El juez que mantiene la comunidad de ciertos objetos, con indivisión forzada, establece, pues, en realidad, una indivisión perpetua, lo que está ciertamente en oposición con el art. 815. A las partes corresponde ver lo que harán si ciertos objetos no pueden repartirse; la vía legal en este caso es el remate y no la indivisión forzada (art. 1686). En todo caso, la cuestión no es de servidumbre, supuesto que la comunidad, aun cuando esté acompañada de indivisión forzada, sigue siendo una co-propiedad, y el uso de la propiedad excluye toda idea de servidumbre.

Hay otro caso en el cual parece que una servidumbre se ha establecido en virtud de un fallo, y es cuando á causa de un remate ó de una expropiación el juez pronuncia la adjudicación del inmueble, bajo ciertas condiciones expresadas en cláusula formal. Si estas cargas constituyen servidumbres, no emanarán de la voluntad del juez, sino del concurso de consentimiento de los vendedores que imponen el gravamen, y del adjudicatario que la acepta. Jamás es de la incumbencia del juez establecer una servidumbre por su propia voluntad, él es llamado no para crear derechos, sino para declarar los que resultan de los actos jurídicos celebrados entre los litigantes.

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Agosto de 1832 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 33, 2°).

§ I.—DEL TÍTULO.

145. Según los términos de los arts. 690 y siguientes, las servidumbres se adquieren todas por título, sean continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes. ¿Qué se entiende en estas disposiciones por *título*? La misma palabra se encuentra en el art. 695, y allí la expresión "título constitutivo de la servidumbre," estando opuesta á la de "título reconocitivo de la servidumbre," significa evidentemente una escritura auténtica ó bajo forma privada que compruebe el establecimiento de la servidumbre. ¿Acaso está tomada en el mismo sentido la palabra título en los artículos 690 y 691? Puede tener otro sentido, el de hecho jurídico ó de causa que engendra la servidumbre. Cuando se toma la palabra título en este sentido, se distingue el título gratuito y el título oneroso. En derecho francés hay dos títulos gratuitos, la donación y el testamento; los títulos onerosos más usuales por los cuales se establece una servidumbre son la venta y la partición. Nace ahora la cuestión de saber si para la validez ó para la existencia de la servidumbre, se necesita, además, del título jurídico que la produce, una escritura ó un escrito. Para resolverla, hay que distinguir el establecimiento de la servidumbre entre las partes y un efecto respecto á terceros.

Núm. 1. Formas.

I. Entre las partes.

146. Cuando la servidumbre se constituye á título gratuito, claro es que se necesita una escritura. En efecto, la donación es un contrato solemne, no existe sino cuando ha sido recibida por un notario, en las formas prescritas por la ley; cuando no se han observado dichas formas, la donación no tiene ningún efecto, es inexistente. Luego si se

establece una servidumbre por una donación nula en la forma, la servidumbre no existe. Se aplican entonces los principios que rigen los actos inexistentes, principios que hemos expuesto en varias ocasiones, y de los cuales volveremos á tratar en el título de las *Obligaciones*. Sucede lo mismo si la servidumbre se establece por testamento, por éste es también un acto solemne, que exige para su existencia ciertas formas, como lo diremos en el título de las *Donaciones*.

147. Los contratos á título oneroso, tales como la venta y la partición, por medio de los cuales se establecen ordinariamente las servidumbres, son contratos no solemnes, es decir que existen independientemente del escrito que sólo sirve de prueba. Así es que la venta es perfecta, y produce todos sus efectos entre las partes contrayentes, desde el momento en que hay concurso de consentimiento sobre la cosa y sobre el precio; el escrito, si las partes levantan alguno, no tiene más objeto que probar la venta; pero la prueba puede también hacerse por los demás medios legales, tales como la prueba testimonial, las presunciones, la confesión y el juramento. Tales son los principios generales: los arts. 690 y 691 los han derogado en el sentido de que sea necesario un escrito para la existencia y validez de la servidumbre?

Planteada de tal modo, la cuestión casi no es dudosa. Siendo la regla que la venta es perfecta por el solo concurso de consentimiento, se necesitaría una excepción escrita en la ley para que fuese necesario un documento cuando la servidumbre constituye el objeto de la venta. Y no hay excedción ni en el texto ni en el espíritu de la ley. El art. 690 establece que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por *título* ó por la posesión de treinta años, es decir por prescripción. Como la palabra *título* tiene dos sentidos, puede decirse que aquí significa

un escrito; pero también puede decirse que está tomada en el sentido de hecho jurídico. Como el texto deja indecisa la cuestión, hay que consultar el espíritu de la ley. ¿Acaso se dijo en los trabajos preparatorios que sea necesario un escrito para que exista la servidumbre? No. ¿Resulta eso de la naturaleza de la servidumbre? Tampoco. ¿Existe una razón, sea la que fuere, para que la servidumbre deba establecerse por escritura? Se puede vender un inmueble que valga cien mil francos por medio de un contrato verbal; y no había de poderse vender una servidumbre que vale quinientos. Esto vendrían á parar en hacer de la servidumbre un contrato solemne. Ahora bien; para que haya un contrato solemne, se necesita un texto formal, nos falta dicho texto, esto es decisivo.

El art. 691 confirma esta opinión, pues dice que: "las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas, aparentes ó no aparentes, no pueden establecerse sino por *títulos*." ¿Qué significa aquí la palabra *títulos*? El segundo inciso del artículo nos lo dice; agrega que aun la posesión inmemorial no es suficiente para establecer estas servidumbres. Luego la palabra *título* está tomada por oposición á la palabra *posesión* ó *prescripción*, esta oposición nada tiene de común con los escritos, se dirige únicamente al hecho jurídico que engendra la servidumbre. Y si, en el art. 691, la palabra *título* significa hecho jurídico, debe tener el mismo sentido en el art. 690, porque los dos artículos no constituyen más que una sola disposición. Hay, por otra parte, una razón perentoria para que, en el art. 690, la palabra *título* no pueda tener el sentido de acta ó escrito. Si tuviese dicho sentido, de ello resultaría que la venta de una servidumbre sería un contrato solemne; de donde se seguiría que no podría probarse ni por testigos, ni por confesión. Sin embargo, según el art. 690, las servidumbres continuas y aparentes se adquie-

ren por la posesión de treinta años; y la posesión se prueba siempre por testigos. Así, pues, no sería uno admitido á probar por testigos que se ha vendido una servidumbre, aun cuando hubiese un principio de prueba por escrito, y sería uno admitido á probar exclusivamente por medio de testigos que una servidumbre se ha adquirido por prescripción! Por el hecho solo de que la prescripción es suficiente para establecer las servidumbres, es imposible que la servidumbre sea un contrato solemne. Luego en el artículo 690, tanto como en el 691, la palabra *título* no está tomada en el sentido de escrito.

148. Tal es la opinión casi unánime de los autores (1). Pardessus es el único que dice que, en general, las servidumbres convencionales deben fundarse en títulos, y que por esta palabra se entiende toda clase de *documentos* á propósito para procurar una prueba por escrito; pero como no da motivo en apoyo de su disenso, carece de autoridad. En Francia, las cortes han seguido siempre la opinión que acabamos de sostener. Hay en sentido contrario una sentencia de la corte de Bruselas, bastante mal redactada (2). La corte comienza por establecer como principio que el legislador ha sometido la adquisición de las servidumbres continuas y aparentes á las reglas ordinarias sobre la adquisición de los derechos inmobiliarios. ¿Cuáles son estas reglas? Nosotros las hemos resumido; pueden formularse en una sola palabra, y es que los contratos á título oneroso, translativos de derechos reales inmobiliarios, no son contratos solemnes, que existen y son plenamente válidos, aun cuando no hubiese ningún escrito. Luego por aplicación de esta regla, no se necesita es-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 3º, p. 71, nota 1, y por Demolombe, t. 12, p. 231, núm. 730. Compárese Pardessus, t. 2º, p. 3, núm. 242.

2 Bruselas, 30 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 34).

crita para el establecimiento de una servidumbre. Hasta aquí la corte de Bruselas parece estar de acuerdo con nosotros. Pero después de haber asentado este principio, agrega que no puede entenderse la palabra *título* de que se sirve el art. 690 en otro sentido que en el de *prueba escrita*, lo que viene á parar en decir que se necesita un escrito para la constitución de una servidumbre convencional. La contradicción es completa cuando se atiende uno á los términos de la sentencia. Quizás la corte no ha querido decir lo que parece que dice. El apelante pretendía que un signo aparente de una servidumbre podía reemplazar el título, pretensión inadmisibles; para rechazarla es por lo que la sentencia insiste en la necesidad de una prueba escrita: bastaba con remitir al texto de la ley. Esta sentencia ha quedado aislada en Bélgica; nuestra corte de casación se ha pronunciado por la opinión general, por la razón determinante de que los principios generales concernientes á la prueba deben recibir su aplicación, supuesto que el código no los deroga en el título de las "Servidumbres" (1).

Hay una sentencia mejor de la alta corte de La Haya en favor de la opinión que estamos combatiendo (2). Ella dice que la palabra *título* significa en general una acta ó un escrito, por más que también designe algunas veces la causa ó el fundamento jurídico de un derecho. Supuesto que la palabra *título* tiene dos significaciones en el lenguaje del código, queda por ver en qué sentido la emplea el art. 690. La sentencia pretende que la continuación del artículo decide la cuestión; estas expresiones: "ó por la posesión de treinta años," implican, según la corte, que por *título* la ley entiende una acta escrita. El argumento

1 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Diciembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 269).

2 La Haya, 16 de Mayo de 1851 ("Bélgica judicial," 1851, p. 1041).

es débil y de antemano lo hemos contestado. No hay más que una disposición que ofrezca cierta duda, y es el artículo 695, que más adelante examinaremos.

149. Las consecuencias que se desprenden de la opinión general son evidentes. Supuesto que el escrito sólo sirve de prueba, la servidumbre puede probarse por cualquier otro medio legal. La prueba testimonial sería admisible si el precio de la venta no pasare de ciento cincuenta francos. Y si existiera un principio de prueba por escrito, la prueba por testigos sería indefinidamente admisible, cualquiera que fuese el valor de la servidumbre (1). Déjase entender que el principio de prueba debería reunir las condiciones requeridas por el art. 1347, supuesto que es de principio que las reglas sobre las pruebas trazadas en el título de las *Obligaciones* deben aplicarse en materia de derechos reales, á menos que la ley las derogue (2). Luego la servidumbre podría igualmente probarse por presunciones, por confesión y por juramento, conforme á los principios generales que estableceremos en otro lugar.

150. Para que el escrito haga prueba de la servidumbre, se necesita que emane del propietario del predio sirviente. Si en una escritura de venta el vendedor dice que el predio disfruta de tal ó cual servidumbre en la heredad del vecino, esta enunciación no será prueba de la existencia de la servidumbre. El art. 695, lo dice del título recognitivo, y esto es cierto también del título constitutivo. Es decir, que así como el reconocimiento de una servidumbre no puede hacerse sino por el propietario del predio sometido, del mismo modo él solo puede

1 París, 14 de Junio de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 977. Sentencia de denegada apelación, de 16 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 215). Agen, 12 de Febrero de 1869 (Daloz, 1870, 2, 115.) Aubry y Rau, t. 2º, p. 76, y notas 23 y 24.

2 La corte de casación de Bélgica parece decir lo contrario en la sentencia de 26 de Diciembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 280).

constituir una servidumbre; el escrito emanado de un tercero no puede, pues, probar que un predio esté gravado de una servidumbre, porque nadie puede crearse á sí mismo una servidumbre (1). En el antiguo derecho se admitía una excepción de este principio, y todavía en nuestros días se cita el viejo proverbio: *in antiquis enuntiativa probant*. Desde luego dejemos sentado que esta máxima no tiene el sentido absoluto que se le atribuye. Como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, las enunciations no hacían fe en las antiguas escrituras sino cuando iban apoyadas en una prolongada posesión. Pothier lo dice al tratar de las servidumbres: "aunque, dice él, el uso prolongado no atribuye derecho de servidumbre, no obstante, si mi casa tiene desde hace mucho tiempo vista hacia la del vecino, y en los antiquísimos contratos de adquisición que celebraron mis autores, esté enunciado que la casa tiene esa vista, esos antiguos contratos sostenidos con mi posesión, harán fe del derecho de vista contra el propietario de la casa vecina, aun cuando sea un tercero y aun cuando sus autores jamás hayan sido partes en estos contratos" (2). Esta doctrina no tiene ya aplicación en el derecho moderno. Las enumeraciones que se hallan en una escritura no hacen fe sino entre las partes (art. 1320), y jamás se pueden invocar contra un tercero. Sin duda que si la escritura es auténtica, prueba que dichas enunciations se hicieron; en este sentido, no hay ninguna diferencia entre las enunciations y lo dispositivo; pero las enunciations no pueden oponerse al que no las ha hecho, y acabamos de dar la razón. Para que pudiera ad-

1 Pothier, "Introducción al título 13 de la costumbre de Orleans," núm. 12.

2 Pathier, "De las obligaciones," núm. 740. Compárese una erudita requisitoria de De Paeppe, promotor fiscal ("Bélgica judicial," 1871, p. 310), y sentencia de Gante, de 26 de Noviembre de 1870, (*Pasicrisia*, 1871, 2, 198).

mitirse una excepción en favor de las enunciaciones antiguas, se necesitaría un texto; el silencio del código es suficiente para que quede abrogado el viejo proverbio. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1).

151. El art. 695 establece: "El título constitutivo de la servidumbre, respecto de las que no pueden adquirirse por la prescripción, no puede ser reemplazado sino por un título recognitivo de la servidumbre, y emanado del propietario del predio sometido." Esta disposición está mal redactada, de ella se han sacado consecuencias que están en contradicción con los principios, y en el verdadero sentido que ella presenta es inútil. ¿Qué cosa es un título recognitivo? Un escrito por medio del cual las partes reconocen la existencia de un derecho que consta en una escritura anterior que se llama primordial. Ateniéndose al texto del art. 695, el título primordial que comprueba el establecimiento de una servidumbre no podría ser reemplazado por un título recognitivo sino para las servidumbres que no se adquieren por la prescripción. Entendida de esta manera, la disposición no tendría sentido: ¿qué tiene de común el título recognitivo con la naturaleza de las servidumbres? Que sean continuas ó discontinuas, aparentes ó nó, el propietario del predio sirviente puede, en todo caso, reconocer que su predio está gravado con una servidumbre. Esto no tiene ni asomos de duda. ¿Por qué, pues, el código dice: "respecto á las servidumbres que no pueden adquirirse por la prescripción?" Cuando se trata de una servidumbre que se adquiere por la prescripción, no se necesita procurarse un título recognitivo, puesto que á toda hora se puede probar por medio de la posesión, es decir, por medio de testigos; mientras que las servidumbres que no se adquieren por la prescripción no se prue-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 76 y nota 24. Demolombe, t. 12, p. 246, núms. 752 y siguientes. Sentencias de Burdeos, de 14 de Enero y de 28 de Mayo de 1834, Dalloz *Servidumbre*, núms. 995 y 996.

ban, en general al menos, por medio de testigos porque el valor del litigio supera ordinariamente á quinientos francos; luego es prudente hacer que se compruebe la servidumbre por medio de un escrito, y en caso necesario, formular un título recognitivo (1).

¿Quiere decir esto que la prueba testimonial jamás sea admisible para probar la existencia de una servidumbre? La corte de La Haya ha sacado esta consecuencia del artículo 695. Consecuencia inadmisibile, porque el art. 695 no hace más que aplicar el derecho común; ¿y cómo una disposición que aplica el derecho común había de derogar el derecho común? Hay más, el texto mismo del código prueba que no es ese el sentido del art. 695. Se constituye una servidumbre por medio de una escritura de venta; un incendio destruye el documento. En virtud del art. 1348, núm. 4, el propietario del predio dominante será admitido á probar la venta por medio de testigos (2). Por otra parte, nunca debe hacerse decir á las leyes una cosa en la cual no ha podido pensar el legislador al escribirlas. ¿Cuál es el objeto del art. 695? ¿Acaso decidir la cuestión de saber si se necesita un escrito para probar una servidumbre? Nada de eso, la ley sólo se refiere á la escritura recognitiva, por lo que supone la existencia de una escritura primordial; ahora bien, suponer que existe una escritura y decir que ésta puede reemplazarse por una escritura recognitiva ¿equivale á decir que sea necesaria una escritura para el establecimiento de una servidumbre?

En definitiva, el art. 695 es inútil; el reconocimiento es una confesión, y ciertamente que la confesión que consta por escrito hace fe contra el propietario del predio sir-

1 Duranton, t. 5º, p. 594, núm. 565. Demolombe, t. 12, p. 247, núm. 754. Aubry y Rau, t. 3º, p. 75 y nota 18.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 241, núm. 355. Demolombe, t. 12, p. 248, núm. 755.