

viente de quien la confesión emana. El código dice en el art. 1356: "la confesión hace fe plena contra el que la rinde." ¿Para qué repetir esto en el art. 695? Razón de más para no dar á esta disposición una significación y una importancia de que carece.

152. Una acta recognitiva es un escrito en que consta un reconocimiento; así, pues, cuando se trata de una servidumbre es preciso que contenga la confesión de que tal ó cual predio está gravado con una carga en provecho de otro predio; si no hay reconocimiento de una servidumbre anteriormente existente, el escrito no es un título recognitivo (1). Pero si hay confesión, el reconocimiento subsiste y puede invocarse aun cuando se hubiere hecho en un acto jurídico que fuese revocado ó anulado. Unos beneficiarios venden un inmueble judicialmente; en el cuaderno de cargas, ellos reconocen la existencia de una servidumbre sobre el inmueble; se hace la adjudicación, y en seguida se anula por falta de continencia, y se procede á una nueva adjudicación. En el segundo cuaderno de las cargas había igualmente una cláusula concerniente á la servidumbre, pero menos explícita que la primera. Se ha fallado que el reconocimiento hecho en la primera adjudicación subsistía á pesar de la resolución de la venta, porque esta resolución es por completo extraña á la confesión consignada en el cuaderno (2).

Para que el reconocimiento reemplace al título constitutivo de la servidumbre se necesita, en segundo lugar, que errane del propietario del predio sometido (art. 695). Ya dijimos la razón: el propietario es el único que podía constituir una servidumbre y el único que puede recono-

1 Burdeos, 14 de Enero de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 995).

2 Sentencia de la corte de casación de la Reunión, de 30 de Marzo de 1855, confirmada por una sentencia de denegada apelación, de 11 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 79).

cer su existencia (1). Se ha fallado por la sentencia que acabamos de citar que el heredero beneficiario tiene calidad para hacer la confesión de una servidumbre; en efecto, él es propietario y puede enagenar, por más que haya formas prescritas por interés de los acreedores.

¿Se necesita que haya concurso de voluntades para que sea válido el reconocimiento de una servidumbre? En principio, debe contestarse negativamente. La confesión no es un contrato, es la constancia de un hecho que resulta de la manifestación unilateral de la voluntad del que hace el reconocimiento. Este principio que estableceremos en el título de las *Obligaciones*, se aplica al reconocimiento de una servidumbre, puesto que el art. 695 no lo deroga. Hay una sentencia de denegada apelación que parece exigir la aceptación de la confesión para que tenga el valor de título recognitivo (2). Si tal fuera el sentido de la decisión, sería contraria á la esencia misma del reconocimiento: una cosa es constituir una servidumbre por contrato y otra reconocer la existencia de una servidumbre. Respecto á la constitución de una servidumbre, se necesita naturalmente el concurso de voluntades de las dos partes, mientras que el reconocimiento es válido desde que emana del propietario del predio sirviente, como lo dice el art. 695. Si ha de decirse la verdad, la sentencia de la corte de casación no tiene el alcance que querría dársela. La corte ha confirmado una sentencia de la corte de Burdeos; ahora bien, las sentencias de denegación implican una sola cosa, y es que la corte cuya sentencia la confirma no ha violado ley ninguna. ¿Y qué era lo que la corte de Burdeos había resuelto? Ella había considerado la confesión como un principio de prueba por escrito, y

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 75 y nota 19.

2 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 215). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 76 y nota 21; Demolombe, t. 12, p. 252, núm. 757 bis.

la había completado por medio de la prueba testimonial; pero ella no había fallado que la confesión no aceptada no tenía más fuerza probatoria que la de un principio de prueba; esta cuestión no estaba, pues, sometida á la corte suprema, y por lo tanto no puede ser resuelta por ella.

152 bis. ¿La escritura confirmativa debe estar redactada en las formas prescritas por el art. 1337? Generalmente se admite la negativa, pero se la funda en una razón mala. Una sentencia de la corte de casación dice que el art. 695, especial para las servidumbres, excluye la aplicación de las disposiciones que contiene el art. 1337 sobre los títulos reconocitivos en general (1). Esto es razonar mal. El código establece las reglas concernientes á las pruebas en el título de las *Obligaciones*; es de principio que estas reglas son generales y reciben su aplicación en materia de derechos reales. Luego habría que decir que las formas prescritas por el art. 1337 para la validez de un título reconocitivo, deben ser observadas en todos los casos en que consta por escrito una confesión. Pero el principio que acabamos de recordar recibe una restricción. Como el código traza las reglas sobre las pruebas en el título de las "Obligaciones," las adapta á la materia de que se ocupa; luego hay que ver si las formas que establece no tienen su única razón de ser en los derechos de crédito que constan en la escritura. Y tal es precisamente el art. 1337. En el título de las *Obligaciones* diremos que esta disposición deroga los principios generales; es una excepción que no se explica sino por motivos históricos; lejos de considerarla como una regla general, hay que limitarla y restringirla. El verdadero principio general está asentado en el art. 1356, por cuyos términos la confesión hace

1 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Noviembre de 1829 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 997). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, página 75 y nota 20; Demolombe, t. 12, p. 250, núm. 757. En sentido contrario, Mourlon, t. 1º, p. 807, nota 1.

fe plena contra el que la ha rendido; desde el momento en que consta una confesión en el escrito, todo queda resuelto.

153. Se pregunta si el art. 2263 es aplicable en materia de servidumbres; el artículo dice: "que después de veintiocho años de la fecha del último título, el deudor de una renta puede ser forzado á proporcionar á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó los cointerésados con éste." Ni siquiera debería plantearse la cuestión. Basta leer el art. 2263 para convencerse de que nada tiene de común con las servidumbres; el texto habla del deudor de una renta, y una servidumbre ciertamente que no es una renta. Los motivos de estas disposiciones son todavía más extraños á las servidumbres. Cuando yo soy acreedor de una renta, arriesgo perder mi derecho por la prescripción, aun cuando los vencimientos se hayan pagado regularmente, porque los recibos que comprueban el pago están en manos del deudor; luego después de treinta años, éste podría oponerme la prescripción, para prevenir este fraude la ley me permite que exija al deudor un reconocimiento después de veintiocho años. ¿Acaso arriesgo también perder mi servidumbre después de treinta años? Para conservarla, no tengo más que ejercerla, y yo puedo probar por medio de testigos que he hecho uso de mi derecho (1).

¿Significa esto que el propietario del predio dominante nunca puede perder un título nuevo? El tiene un interés grande si las cosas se hallan en tal estado que ya no puede usar la servidumbre, pero que se hallan en estado de poder restablecerse, de manera que pueda usarlas; arriesga entonces perder su derecho sin transcurrir treinta años sin que él ejerza la servidumbre. Para prevenir la extinción, él puede pedir un reconocimiento, pero como ninguna ley obliga al propietario del predio sirviente á propor-

1 Demolombe, t. 12, p. 249, núm. 756. Aubry y Rau, t. 3º, p. 76.

cionarle un título nuevo, él es el que deberá pagar los gastos. No obstante, si el propietario del predio deudor de la servidumbre se rehusare á firmar un reconocimiento, el propietario del predio al cual se debe la servidumbre tendría derecho á promover judicialmente para obtener una declaración en que conste la existencia de la servidumbre; si el propietario del predio sirviente pierde en esta instancia, deberá reportar los gastos (1).

II. Respecto á terceros.

154. Bajo el imperio del código civil, la propiedad de los inmuebles se transfería respecto á terceros como entre las partes, por el efecto solo del contrato, es decir, por el concurso de voluntades de las partes contrayentes. Este principio se aplicaba igualmente á la transmisión de los derechos reales, tales como las servidumbres. Recibía excepción respecto á las donaciones de inmuebles susceptibles de hipotecas (art. 939); no pudiendo hipotecarse las servidumbres, la donación de una servidumbre no estaba sujeta á transcripción. Nosotros exponemos el sistema del código civil en el título de las *Obligaciones*.

155. Ha sido profundamente modificado, en Francia y Bélgica, por las leyes nuevas que han prescrito la transcripción de las escrituras transmitivas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios. Según los términos del artículo 1º de nuestra ley hipotecaria, se deben transcribir dichas escrituras para que se puedan oponer á los terceros de buena fe. En el título de las *Obligaciones* diremos los motivos de esta importante innovación. Por el momento, nos limitamos á hacer constar los principios, y las consecuencias que de ellos se derivan en cuanto á las ser-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 16 y notas 25 y 26. Durantón, t. 5º, página 592, núms. 580 y 581. Pardessus, t. 2º, p. 130, núm. 296. Toullier, t. 2º, p. 338, núm. 722.

vidumbres. Entre las partes, la servidumbre existe desde el momento en que la acto jurídica que la constituye se ha perfeccionado. Si es un acto á título gratuito, hay que observar las formas prescritas para las donaciones y los testamentos, pero no se necesita transcripción. Respecto á los terceros, hay que distinguir. Según la ley nueva (de 16 de Diciembre de 1851), la donación de una servidumbre está sometida á la transcripción, porque el art. 1º quiere que los actos entre vivos "á título gratuito" translativo de "derechos reales inmobiliarios" se transcriban; él deroga á este respecto el art. 939 del código Napoleón. En la ley hipotecaria no existe la inscripción de las escrituras de última voluntad; luego una servidumbre establecida por testamento no debería registrarse. La innovación es todavía más profunda en lo concerniente á las escrituras á título oneroso. Según el código civil, no se necesitaba escrito para la validez de la servidumbre ni entre las partes, ni respecto á terceros. Según la ley nueva, la servidumbre no existe respecto á terceros sino cuando la escritura que la comprueba se ha registrado; así, pues, se necesita un escrito, y en principio un escrito auténtico, supuesto que la ley no recibe á registro sino los fallos, las escrituras privadas reconocidas judicialmente ó ante notario (art. 2). No hay que distinguir entre las servidumbres aparentes y las que no lo son; porque la ley es general, se aplica á todo género de derechos inmobiliarios: la distinción entre las diversas especies de servidumbres, propuesta al discutirse la ley belga, no ha sido admitida, porque el interés de los terceros exige que el registro de las transcripciones les dé informes exactos y completos sobre los derechos que pueden gravar un inmueble.

El sistema de publicidad, introducido en Bélgica por la ley de 16 de Diciembre de 1851, ha sido consagrado tam-

bién en Francia por una ley especial sobre la transcripción de 23 de Marzo de 1855 (1).

Núm 2. ¿Quién puede constituir una servidumbre?

156. El código no lo dice, pero los principios no dejan duda alguna. Como la servidumbre constituye un desmembramiento de la propiedad, constituye una enagenación parcial del inmueble; ahora bien, el propietario es el único que puede enagenar, porque hacerlo es uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad. No basta ser propietario, se necesita, además, tener la capacidad de enagenar; los incapaces que, no obstante que son propietarios, no pueden ejercer los derechos inherentes á la propiedad; no pudiendo disponer, no pueden por eso mismo constituir una servidumbre.

I. Se necesita ser propietario.

157. Como el propietario es el único que puede constituir una servidumbre, siguese de aquí que el poseedor no tiene ese derecho, aun cuando lo fuese de buena fe (2). Si posee en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora, él podrá prescribir, y después que lo haya hecho, podrá conceder servidumbres; en tanto que no se venza la prescripción, todos los actos de propiedad que él ejecuta son nulos, porque él no puede conceder á terceras personas derechos que él mismo no tiene; todos estos actos caen cuando el propietario viene á despojarlo jurídicamente. En el antiguo derecho; habíanse imaginado servidumbres de un nuevo género, que se llamaban *superficiales*, y se permitía al poseedor imponerlas al predio. El orador del Tribunado dijo en su discurso que deben

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 74 y siguientes.

2 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans," núm. 8.

borrarse las servidumbres superficiales del diccionario de las sutilizas (1). Vamos á ver como los intérpretes no aprovecharon la lección.

158. ¿El co-propietario de un predio puede establecer una servidumbre en el predio? Hay alguna incertidumbre en la doctrina acerca de esta cuestión. Pothier la decide negativamente (2). Es una consecuencia rigurosa del principio que domina en esta materia: el propietario es el único que puede constituir una servidumbre; ahora bien, cuando una cosa pertenece á varios, cada cual no es propietario sino por la porción que representa, luego no podría conceder la servidumbre sino por ésta, y esto no puede ser, porque, siendo indivisibles las servidumbres, una heredad no puede ser gravada de servidumbre por una de sus partes. Pothier deduce de esto una consecuencia muy lógica, y es que la servidumbre consentida por uno de los co-propietarios no se vuelve válida sino por el concurso de voluntad de los demás comunistas; de donde se sigue que si el que concede vende su parte, el adquirente no estará obligado á respetar el compromiso que su autor ha contraído.

Los autores modernos comienzan por establecer como principio, de conformidad con esta doctrina, que el co-propietario no puede conceder servidumbre (3). No se aperciben de que Pothier razonaba siguiendo el antiguo derecho, y que éste ha sido transformado por el código civil. La partición que en otro tiempo era translativa de propiedad, en nuestros días es declarativa de propiedad.

1 Gillet, Discursos, núm. 12 (Locré, t. 4º, p. 196). Pardessus, t. 2º, p. 11. núm. 244.

2 Pothier, "Introducción al tít. XIII de la costumbre de Orleans, núm. 6.

3 Toullier, t. 2º, p. 258, núm. 573. Pardessus, t. 2º, p. 27, números 250 y 251. Demolombe, t. 12, p. 239, núm. 742.

De esto resulta que teniendo cada propietario un derecho en todo el inmueble puede gravarlo con derechos reales, tales como servidumbres ó hipotecas; la partición resolverá si han de subsistir esos derechos. Ellos serán válidos si el que los ha establecido llega á ser propietario de todo el inmueble. Luego no se puede decir, como lo hacia Pothier, que el co-propietario que consiente una servidumbre no es el solo propietario, esto depende del efecto de la partición; si el inmueble cae en su lote, se tiene por haber tenido siempre su propiedad exclusiva, y por consiguiente, la servidumbre está válidamente constituida. ¿Qué cosa es, pues, una servidumbre establecida por un co-propietario? Es un derecho condicional; viene abajo si el inmueble se pone en el lote de otro co-propietario. Ahora bien, un derecho condicional es un derecho válidamente constituido. Nuestra conclusión es que ya no se puede asentar como principio que el co-propietario no tiene el derecho de establecer una servidumbre (1). Déjase entender que antes de la partición, la servidumbre no producirá efecto, precisamente porque es condicional; por otra parte, uno de los comunistas, nada puede hacer que dañe á sus co-propietarios.

Pardessus y la mayor parte de los autores enseñan que el co-propietario de un predio indiviso puede consentir válidamente una servidumbre *por su porción* (2). En realidad no hay ninguna diferencia entre esta hipótesis y la que acabamos de examinar. Durante la indivisión, dicha servidumbre no tendrá efecto, en primer lugar, por motivo de que uno de los comunistas no puede hacer nada que perjudique á sus co-propietarios, y en seguida, por la razón que da Pothier; siendo indivisibles las servidumbres,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 71 y nota 3. Bruselas, 25 de Enero de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 26).

2 Pardessus, t. 2º, p. 31, núm. 254. Demolombe, t. 12, p. 240, número 743.

no pueden constituirse por partes. ¿Quiere decir esto que la constitución sea nula? Nó; en vano el co-propietario dice que él establece la servidumbre por su porción; en el sistema del código, no se sabe, en tanto que dure la indivisión, quién será propietario del inmueble; y la partición será lo que determine á quien ha pertenecido siempre. Y también por la partición será como se haga posible el ejercicio de la servidumbre. La servidumbre es un derecho real, que supone una cosa determinada sobre la cual ejerce: ¿se concibe para un tercero el derecho de pasar por un inmueble indiviso?

159. ¿Puede el usufructuario establecer una servidumbre en el predio de que disfruta? En este punto los intérpretes han reproducido las sutilezas cuyas fuentes creían haber agotado los autores del código. Se conviene, y ello es evidente, que el usufructuario no tiene, propiamente hablando, derecho para gravar el predio con servidumbres de que obliguen á su propietario. Puede, no obstante, conceder algunos derechos semejantes por su ejercicio y sus efectos materiales á las servidumbres, con tal que no afecten más que su goce (1). Luego habría dos especies de servidumbres, unas servidumbres "propiamente hablando," y otras que no se sabe á punto fijo cómo calificar, "materiales" ó "usufructuarias." ¿Qué cosa es esto en definitiva? Desconfiemos de lo que es vago é indeciso, porque no es jurídico. Nó, el usufructuario no puede gravar el predio con servidumbres por la razón decisiva de que no es propietario, sólo tiene una posesión precaria en relación con el nudo propietario; éste puede consentir servidumbres, como ya lo hemos dicho (t. VII, núm. 36), y por esto mismo el usufructuario no puede hacerlo. El puede, sin duda, permitir á un vecino que pase, que tome

1 Pardessus, t. 2º, p. 18, núm. 247. Compárese Demolombe, t. 12, p. 237, núm. 736. Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 4.

agua, que haga todos los actos que constituyen servidumbres, pero esas no serán servidumbres, y si se comprometiera á sufrirlas de ello no resultaría más que un derecho de crédito, una obligación que le sería personal y que con tal título no pasaría al comprador del derecho de usufructo.

II. Capacidad de enagenar.

160. Todos están de acuerdo en que para constituir una servidumbre, se necesita ser capaz para enagenar el predio. Acerca de este punto hay un texto que debe aplicarse por vía de analogía: "Las hipotecas convencionales no pueden consentirlas sino aquellos que tienen la capacidad de enagenar los inmuebles que someten á aquellas hipotecas" (art. 2124 y ley hipotecaria belga, art. 73). No obstante, en la aplicación del principio, hay alguna confusión. Se va á ver cuánto importa en derecho el ser preciso, la falta de precisión conduce á errores hasta en las materias más sencillas.

¿Cuáles son las personas capaces ó incapaces de enagenar? Duranton contesta que esta condición no es otra cosa que la aplicación del derecho común tal como lo establece el art. 1124 al decir: "Los incapaces para contratar son los menores, los incapacitados son las mujeres casadas, en los casos determinados por la ley." De esto resultaría que ninguno de los dichos incapaces puede establecer una servidumbre. Esto no es exacto. Una servidumbre puede ser legada; ahora bien, la mujer casada puede testar sin autorización marital (art. 226); luego puede también legar una servidumbre sin estar autorizada para ello. Lo mismo pasa con el menor (art. 904). Por otra parte, la servidumbre puede constituirse por donación; así, pues, esta capacidad especial es la que se necesita para dar una servidumbre; la capacidad general de contraer no es sufi-

ciente. Nosotros concluimos que el constituyente debe tener la capacidad de enagenar, sea á título oneroso, sea á título gratuito, según el carácter de la disposición (1).

Puede suceder que un incapaz tenga la capacidad de contratar: ¿basta esto para que tenga derecho á consentir una servidumbre? Habría que contestar que sí, según el principio tal como Duranton lo ha formulado, lo que sería un error. La mujer casada que está separada en bienes puede contratar para las necesidades de su administración, y sin embargo, no puede consentir una servidumbre, porque ella no puede enagenar sus inmuebles (arts. 1449, 1436 y 1576). Así, pues, la capacidad para contratar no debe confundirse con la capacidad para enagenar. Sucede lo mismo con el menor emancipado, él puede obligarse para las necesidades de su administración, pero permanece incapaz para disponer de sus bienes (art. 484), luego incapaz también para consentir una servidumbre.

161. Si una persona incapaz para enagenar constituye una servidumbre ¿será nulo el acto? ¿Quién puede pedir la nulidad y bajo qué condiciones? Acerca de todos estos puntos se aplican los principios generales, tales como los hemos expuesto en el libro primero, en lo que concierne á las mujeres casadas, los incapacitados y las personas colocadas bajo consejo. En cuanto á los menores, el lugar de la materia está en el título de las *Obligaciones*. Duranton dice que los menores no podrán atacar una constitución de servidumbre sino por causa de lesión (2). Esto no es exacto. Aun cuando el convenio no les causare ningún perjuicio ellos pueden pedir su nulidad si no se han observado las formalidades prescritas para las enagenaciones (arts. 457-459); en efecto, el acto sería nulo por la

1 Duranton, t. 5º, p. 550, núm. 537. Demolombe, t. 12, p. 237, número 754.

2 Duranton, t. 5º, p. 550, núm. 538.