

forma, luego atacable por inobservancia de las formas, aun cuando el menor no saliese lesionado (art. 1311). Pasaría lo mismo si la servidumbre fuese concedida por una mujer casada, por un incapacitado, un pródigo ó un pobre de espíritu; los actos que se celebran sin observar las formas prescritas por el código son nulos, haciendo abstracción de todo perjuicio. La ley prescribe formas para la garantía de los incapaces; luego están lesionados desde el momento en que no han disfrutado de las garantías que la ley ha querido asegurarles.

162. ¿El que ha establecido una servidumbre en un inmueble, puede constituir otras nuevas? En principio, sí, supuesto que la servidumbre no es más que un desmembramiento parcial de la propiedad, y la propiedad puede restringirse de mil maneras diferentes. Existe, no obstante, una restricción de este derecho: y es que según los términos del art. 701, "el propietario del predio deudor de la servidumbre no puede hacer nada que tienda á disminuir su uso y hacerlo más incómodo." La servidumbre establecida en un inmueble da un derecho al propietario del predio dominante; este derecho no puede arrebatarle por una nueva servidumbre; afecta á la heredad sirviente, y el dueño no puede disponer de ella sino en el estado de desmembramiento en que se halla. Precisa, pues, que la nueva servidumbre sea compatible con la que grava ya al predio. ¿Cuándo es compatible y cuándo no lo es? Esta es una cuestión de hecho (1). El propietario del predio dominante debe probar que la nueva servidumbre le causa un perjuicio, haciendo que su servidumbre sea menos ventajosa ó más incómoda; el hecho sólo de que exista ya una servidumbre en el predio no es suficiente para motivar una querrela, puesto que es el derecho del propieta-

1 Toullier, t. 2º, p. 258, núm. 372. Demolombe, t. 12, p. 241, número 747. Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 6.

rio del predio sirviente (1). Lo que estamos diciendo del propietario que ha constituido la servidumbre, se aplica naturalmente al caso en que un fundo gravado con servidumbre es poseído por un tercero.

163. ¿Un inmueble hipotecado puede ser gravado con servidumbre por el dendor que ha consentido la hipoteca? Hay que aplicar á la hipoteca el principio que acabamos de establecer para las servidumbres. El que ha hipotecado un predio conserva su propiedad y el derecho de disposición, por lo que también el derecho de consentir nuevas restricciones á su propiedad. Entre las partes, estas concesiones son perfectamente válidas. En cuanto á los terceros que ya tienen un derecho real en la cosa, su derecho no puede alterarse por una nueva concesión. Nuestra ley hipotecaria ha consagrado este principio (art. 45). Da lugar á grandes dificultades en la aplicación (2); volveremos á tratar de esto en el título de las *Hipotecas*.

Núm. 3. Quién puede adquirir una servidumbre.

164. Los autores están de acuerdo en enseñar que para adquirir una servidumbre se debe ser propietario del predio en cuyo favor aquélla se establece. Debe agregarse que el propietario del predio dominante debe también ser capaz de recibir á título gratuito, si la servidumbre es donada ó legada, y que debe ser capaz de contratar, si la servidumbre se constituye á título oneroso. Acerca de la condición de capacidad, no hay duda ni dificultad ninguna, porque se aplican los principios generales. No sucede lo mismo con la condición de propiedad. ¿Por qué hay que ser propietario del predio en cuyo provecho se estipula la servidumbre? ¿Y si el estipulante no es propieta-

1 Rennes, 14 de Marzo de 1818 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 1162, 1º).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 72 y nota 7. Durantou, t. 5º, p. 555, números 546, 547. Demolombe, t. 12, p. 243, núms. 748, 749.

rio, es nula la servidumbre? Acerca de estas cuestiones, hay grande incertidumbre en la doctrina.

Adquirir una servidumbre es mejorar la condición del predio dominante, y como la servidumbre se ha adquirido en provecho del predio y no en provecho de la persona, podría creerse que todo detentor del predio puede estipular una servidumbre, con tal que sea capaz para contratar y para recibir, como acabamos de decirlo. ¿Por qué, pues, asienta la doctrina como principio que se necesita ser propietario? Precisamente porque el predio es el que adquiere la servidumbre; pero como el predio no puede hablar en el contrato, se necesita que esté representado, y ¿por quién? ¿Tiene todo detentor calidad para hablar en nombre del predio? Nó, se necesita que haya un vínculo entre el poseedor y el predio, y éste vínculo debe ser permanente, perpetuo, supuesto que la servidumbre se adquiere con la mente de perpetuidad. Siguese de aquí que los simples detentores que ningún derecho tienen sobre el predio no pueden estipular una servidumbre á nombre del predio; tales son los inquilinos y los arrendadores. Acerca de este punto no hay duda alguna, y él nos pondrá en la vía del verdadero principio. Duranton pregunta por qué el arrendador y el inquilino no tienen calidad para adquirir una servidumbre. Y contesta que no se puede estipular en propio nombre por otro (art. 1121); ahora bien, al estipular una servidumbre por el predio que tiene en arrendamiento, el tomador estipula realmente por otro, porque no existe ningún vínculo entre él y el predio, puesto que, en principio, el arrendamiento no engendra más que un vínculo de obligación entre el tomador y el arrendador. El carece de interés como de derecho. En efecto, ¿qué le importa que el predio adquiera una servidumbre? Mientras dure su arrendamiento, sin duda que está interesado, pero para satisfacer este interés, no es ne-

cesario estipular una servidumbre, pues basta con un derecho de crédito (1). El principio es, pues, que es necesario tener un derecho en el predio, y que este derecho debe ser permanente, perpetuo; lo que nos lleva á la consecuencia de que sólo el propietario puede adquirir una servidumbre, porque él solo tiene con el predio ese vínculo permanente que permite hablar en su nombre. Cualquier otro detentor, aun cuando tuviese un derecho real, carece de calidad, puesto que los derechos reales no son más que temporales, y no dan, por consiguiente, ni interés ni calidad para estipular un derecho perpetuo (2).

En la aplicación, la mayor parte de los autores vuelven del principio que acabamos de formular, y que es el del derecho romano (3). Ellos tratan la doctrina romana de sutileza. ¿Qué quiere decir esto? ¿Una doctrina es falsa por el hecho solo de que sea sutil? Por lo menos debería probarse en qué es falsa á fuerza de sutileza. Y si el principio tal como lo han formulado los jurisconsultos romanos es falso, debe decirse cuál es el verdadero principio. En vano se buscaría una respuesta á estas cuestiones en los autores; los mejores se limitan á decidir las dificultades que se presentan, ora por una razón, ora por otra (4). Esto no es ya un principio. Es lo que vamos á ver al entrar en pormenores.

165. ¿El co-propietario puede adquirir una servidumbre para el predio que le pertenece en parte? Según nuestro principio, nó, al menos en el sentido de que aquél que no es propietario del predio sino por una tercera ó cuarta

1 Duranton, t. 5º, p. 559, núm. 549.

2 Taulier, "Teoría del código civil, t. 2º, p. 437.

3 Pothier "Introducción al título XIII de la costumbre de Orleans," núm. 9.

4 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 37 y siguientes, y notas 10.12 y los autores que citan.

parte no tiene calidad para estipular á nombre de dicho predio, cuando la servidumbre debe aprovechar á todo predio. Pero este principio abstracto está modificado por la regla que el código civil establece acerca de los efectos de la partición. Supuesto que ésta es declarativa de propiedad, no puede decidirse definitivamente, por todo el tiempo que dure la indivisión, si el comunista que ha adquirido la servidumbre tenía ó nó calidad para hablar á nombre de la heredad común; la partición será lo que decida la cuestión, como antes (núm 158) lo hemos dicho.

Pardessus trata la teoría romana de sutileza. Pero él mismo no acepta que la adquisición de la servidumbre hecha por un co-propietario sea plenamente válida. El que llegue á ser propietario del predio dominante, en virtud de la partición, no estará ligado por el contrato, dice él, pero el propietario del predio sirviente si lo estará. ¿En qué se funda esta distinción? La comunidad, dicese, da el derecho de hacer lo que es provechoso á los comunistas así como á aquél que estipula. ¿Qué debe inferirse de esto? ¿Qué la servidumbre está válidamente construida? Nó, porque la estipulación no liga al propietario del predio dominante. Luego, en realidad, el derecho real no existe. Demolombe tiene, además, otra razón: se puede estipular en provecho de un tercero, cuando tal es la condición de una estipulación que uno hace por sí mismo (1). Se abusa de un modo singular del art. 1121. ¿En dónde está, en el presente caso, la estipulación principal que haga válida la estipulación accesoria hecha en provecho de un tercero? No existe más que una sola y misma estipulación: ¿es ella válida ó no lo es? ¿engendra una servidumbre, sí ó nó? Se necesita un principio, sea el que fuere para decidir la cuestión.

1 Pardessus, t. 2º, p. 40, núms. 262 y 263. Demolombe, t. 12, página 256, núm. 761; Duranton, t. 5º, p. 561, núm. 550.

Merlín da un singular efecto á las servidumbres estipuladas por un co-propietario: "Elas valdrán por la totalidad del predio, por la naturaleza de las cosas; pero el derecho residirá siempre en la persona del propietario que ha estipulado dicha ventaja, y de él dependerá renunciarla cuando lo estime oportuno (1)." ¿No equivale esto á decir que la servidumbre será á la vez real y personal? En verdad que no merecía la pena rechazar las sutilezas romanas, para venir á caer en nuevas sutilezas que tienen el inconveniente de ser menos jurídicas que las que se reprochan á los jurisconsultos romanos. Debemos agregar que ya Voet se había separado del rigor romano (2). En hora buena; que se admita otro principio, pero ¿cuál es éste? ¿en dónde se haya escrito? En cada cuestión se establece un principio diferente.

166. ¿El poseedor puede adquirir una servidumbre para el predio que posee? Según nuestro principio, nó. El poseedor ni siquiera tiene un derecho real en el predio; puede de un momento á otro ser despojado, y si lo es, probado está que no tiene ninguna calidad para hablar á nombre del predio; él es un tercero, y la estipulación que hace no tiene más que la fuerza de un simple vínculo de obligación. Generalmente se enseña la opinión contraria. Preguntaremos ¿en virtud de qué principio? Hay tantos principios como autores. El poseedor, dice Toullier, puede adquirir servidumbres, y el que las hubiese concedido no podría revocar su consentimiento, porque la servidumbre se concede al predio y no á la persona (3). Podría hacerse el mismo razonamiento en cuanto al tomador. Luego hay detentores que pueden estipular á nombre del

1 Merlín, "Repertorio," en la palabra *Servidumbre*, pfo. 1º, número 2, t. 31, p. 37.

2 Noet, "Comentario," t. 8º, 4, 10, p. 518.

3 Toullier, t. 2º, p. 260, núm. 576.

predio, y hay otros que no pueden hacerlo. ¿Cuál es el principio según el cual se decidirá de la capacidad? Respecto al poseedor, la cuestión es bien sencilla: no teniendo derecho real, no hay vínculo entre él y el predio. El poseedor, cierto es, tiene ciertos derechos, pero estos mismos hablan en su contra; en efecto, la posesión que es un hecho, no da más derechos que la ley le atribuye expresamente; luego basta que el código no le dé el derecho de estipular una servidumbre para negársela.

Duvergier no aprueba el motivo alegado por Toullier. Según él, el propietario del predio sirviente está ligado por una estipulación válida cuyo beneficio puede reclamar el propietario. Si es que comprendemos bien, el caso entraría bajo la aplicación del art. 1121. De nuevo preguntaremos ¿en dónde está la estipulación accesoria hecha en favor de un tercero? ¿Puede decirse que el poseedor estipule en favor del propietario, cuando él mismo se cree propietario? y ¿puede decirse que el que despoja al propietario estipule en su favor?

Admitamos que el propietario del predio para el cual se adquiere la servidumbre pueda reclamar el beneficio de la estipulación. ¿Si la servidumbre se ha establecido á título oneroso, el propietario deberá pagar el precio de la concesión? Nó, dice Pardessus, no está obligado á mantener la servidumbre. ¿Acaso es un derecho real aquél cuya existencia depende de la voluntad del propietario? Duvergier quiere que se aplique el art. 555 (1). Este artículo distingue entre el poseedor de buena y de mala fe; ¿habrá que hacer la misma distinción cuando el poseedor ha constituido una servidumbre? ¿En qué dédalo de dificultades viene á caer uno cuando se desvía de los principios!

167. ¿El usufructuario puede adquirir una servidumbre

1 Pardessus, t. 2º, p. 87, núm. 260. Duvergier, acerca de Toullier, t. 2º, p. 260, nota a.

para el predio cuyo goce tiene? Acerca de esta cuestión los autores se dividen. Durantón coloca al usufructuario en la misma línea que al arrendatario (1). La asimilación no es exacta en teoría, puesto que el usufructuario tiene un vínculo con el predio en el cual tiene un derecho real. ¿Pero este vínculo es suficiente para que él pueda hablar á nombre del predio? En derecho romano, él no podía hacerlo. El mismo Proudhon, clama contra la sutileza. La pretendida sutileza no es otra cosa que el derecho en su delicadeza y en su rigor. Nuestro código coloca al usufructuario entre los poseedores precarios; en efecto, él debe devolver el predio al nudo propietario de quien lo tiene. Detentor temporal, carece de derecho y de interés cuando se trata de estipular una ventaja, no para el tiempo de su goce, sino para el predio. En este sentido, Durantón tiene razón en asimilarlo con el arrendatario.

¿Toda servidumbre estipulada por el usufructuario es adquirida para el predio? Distínguese en la opinión general. Si el usufructuario estipula la servidumbre para su ventaja personal, se decide que la servidumbre no la ha adquirido el predio: tal sería una servidumbre establecida á título gratuito. ¿Pero puede haber una servidumbre estipulada para ventaja personal del usufructuario? ¿Sería ésta una servidumbre? ¿no es de la esencia de la servidumbre el estar establecida para el predio? (2). Queda por averiguar, en la oposición general, cuándo está constituida la servidumbre por interés del usufructuario, y cuándo lo estará por interés del predio: ésta es una nueva dificultad, que ha dado margen á un nuevo disentimiento. Unos contestan que se *presumen* que el usufructuario ha adquirido la servidumbre *in perpetuum*, y para ventaja del

1 Durantón, t. 5º, p. 561, núm. 550. Proudhon, "Del usufructo," t. 3º, p. 424, núms. 1452 y 1453.

2 Véase el t. 7º de estos "Principios," núm. 144.

predio, á menos que resulte lo contrario del título constitutivo (1). Otros son un poco menos explícitos y se conforman con decir que fácilmente se tendrá al usufructuario por haber querido proceder para el predio, por consiguiente en nombre del propietario, salvo para éste la facultad de ratificar (2). Así, pues, ¿se necesita una ratificación? Nó, dice Proudhon, porque el usufructuario tiene un mandato tácito de hacer por interés del dueño, todo lo que puede ser útil á su goce. En otro lugar hemos examinado la teoría del mandato de que estará investido el usufructuario: remitimos al lector al tomo VII de esta obra, núm. 46.

168. El mandatario, así como el encargado de negocios pueden estipular una servidumbre (3). Cuando se trata de un mandato ordinario, el art. 1988 resuelve que, si está concebido en términos generales, sólo es concerniente á los actos de administración. ¿Y adquirir una servidumbre es un acto de administración? La cuestión es dudosa, puesto que el código no define lo que entiende por acto de administración. Nos inclinamos á contestar afirmativamente. El mandatario general podría emplear, por lo tanto adquirir la propiedad; con mayor razón puede adquirir un desmembramiento de la propiedad. Volveremos á tratar la cuestión en el título del *Mandato*. Debe aplicarse el mismo principio á los administradores legales, tales como el tutor y el marido; es claro que ellos pueden comprar inmuebles, luego también pueden estipular servicios prediales.

169. ¿Un compromisario puede adquirir una servidumbre? La mayor parte de los autores dicen que sí (4). ¿Cómo conciliar ésta opinión con el art. 1121? Según los términos

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 73, nota 11, y los autores que citan.

2 Demante, t. 2º, p. 637, núm. 541 bis 5º

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 74.

4 Aubry y Rau, t. 3º, p. 74 y nota 12, y los autores que citan.

del art. 1119 no se puede en general, comprometerse ni estipular en propio nombre, sino por sí mismo. El art. 1120, pone una restricción á este principio, en lo concerniente á las promesas; permite tomar compromiso por otro, prometiendo el acto de este. En seguida viene el art. 1121, que autoriza también en ciertos casos, la estipulación en favor de tercero, pero no reproduce la excepción establecida por el art. 1120 para las promesas de que los que por otros estipulan. Luego no puede estipular por un tercero comprometiéndose por él (1). Volveremos á tratar el punto en el título de las *Obligaciones*, en donde igualmente explicaremos los casos en los que es válida la estipulación por tercera persona en virtud del art. 1121.

170. Queda una última cuestión en esta materia, tan elemental á la vez que tan difícil. ¿Un propietario cuyo derecho es resoluble estipula la servidumbre? ¿Subsiste ésta en caso de resolución? A nuestro juicio, la pregunta sola es una herejía. Aquél cuya propiedad está resuelta, se reputa que jamás ha sido propietario ni poseedor; ¿en virtud de qué principio podía él bablar á nombre de un predio sobre el cual no tiene ningún derecho? Demolombe distingue. Si el propietario con condición no ha pretendido adquirir la servidumbre sino por su propia cuenta y únicamente por la duración eventual de su derecho, entonces evidentemente que la servidumbre se extingue con el derecho personal del estipulante. Pero si él ha estipulado la servidumbre en términos absolutos para el predio, en este caso, dícese, el antiguo propietario puede pedir que se mantenga la servidumbre. En primer lugar, dicen, el propietario con condición puede mejorar la condición del predio. ¿Y trátase acaso de esto? Antes de responder que él puede mejorar la condición del predio al estipular una servidumbre, hay que ver si él tiene dere-

1 Tal es la opinión de Durantou, t. 5º, p. 560, núm. 549.

cho de hablar á nombre del predio; ahora bien, el propietario solo tiene este derecho, y aquél cuya propiedad está resuelta jamás ha sido propietario. No insistimos, porque no consideramos dudosa la cuestión (1).

Núm. 4. Modalidad.

171. ¿Las servidumbres pueden establecerse á plazo ó con condición? El derecho romano lo admitía, por medio de una excepción de dolo. En derecho moderno, ya no existe la necesidad de esa excepción. Es de principio que las partes interesadas pueden hacer los convenios que estimen oportunos. El art. 686 aplica este principio á las servidumbres, y sólo pone una restricción que resulta del derecho común: "con tal de que los servicios nada tengan de contrario al orden público." Ahora bien, el orden público no entra en la cuestión cuando se trata de un término ó de una condición (2).

Por aplicación de este principio, debe resolverse que se puede establecer una servidumbre en un predio que se propone uno adquirir. Esta es la opinión general (3). Hay, sin embargo, un ligero motivo para dudar. El art. 1174 dice que: "toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte del que se obliga." ¿Y acaso no hay condición potestativa en el caso de que se trata, puesto que el que promete la servidumbre es libre para adquirir ó no adquirir el predio sobre el cual ha de constituirse la servidumbre? Se contesta, y la respuesta es decisiva, que sin duda, el que promete es libre para no comprar, pero si compra, no es libre para no

1 Duranton, t. 5º, p. 563, núms. 554, 555. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 254, núm. 758; según Demante, t. 2º, p. 654, número 560 bis.

2 Demolombe, t. 12, p. 209, núm. 703.

3 Toullier, t. 2º, p. 260, núm. 578. Duranton, t. 5º, p. 485, núm. 443.

establecer servidumbre en el predio, porque la servidumbre existe á su pesar; luego está ligado, y por lo tanto, no hay condición potestativa.

En un caso que se presentó ante la corte de Montpellier, se hizo otra objeción; se atacó el convenio como celebrado únicamente en favor de la persona. En virtud de antiguas escrituras, los habitantes de una comuna habían estipulado el derecho de servirse de las aguas de canal, para las tierras que les pertenecían en esa comuna, así como para todas las que pudieran poseer fuera de su territorio. Se les disputó este último derecho, porque estando estipulado para predios que los habitantes no poseían todavía, la estipulación se había hecho realmente por consideraciones puramente personales, lo que es contrario al art. 686, el cual no permite que se estipulen servicios prediales en favor de la persona. La objeción no era seria; todo lo que hay de personal en la constitución de una semejante servidumbre, es que se necesita ser habitante de la comuna para aprovecharse de ella; por lo demás se ha estipulado, no para uso de las personas, sino para utilidad de las heredades. Es una servidumbre condicional y nada impide que se constituya una servidumbre con condición (1).

§ II.—DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA.

Núm. 1. Definición.

172. Según los términos del art. 692, "el destino del padre de familia equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes." Este principio está tomado de las costumbres de Orleans y de París, las cuales declaraban que "el destino del padre de familia equivale á título." Pothier va á decirnos lo que se entiende por esto.

1 Montpellier, 29 de Junio de 1849 (Daloz, 1851, 2, 214).