

para vivir; pero en cambio la habitación puede darse á otro y el uso no. La servidumbre de habitación, por consiguiente, consiste en el derecho de vivir en una casa utilizando de ella lo que únicamente sea necesario para el objeto.

Artículo 754.—El usuario y el que tiene derecho de habitación no pueden enajenar su derecho á otro, y deben dar fianza de que usarán la cosa con buena fe y á ley de buen varon. El segundo, sin embargo, tiene facultad para alquilar la casa á otros.

ORÍGENES

Ley 20, núm. 5, tit. XXXI, Partida 3.^a
Ley 27, tit. XXXI, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 626, 627, 631 y 634 Cód. Francia.—2256 y 2258 Portugal.—870 y 874 Holanda.—634 y 639 Luisiana.—500 Bolivia.—418 y 421 Vaud.—601 Friburgo.—471 Valais.—481 Neuchâtel.—528 Italia.—543 y 546 Cerdeña.—556 Nápoles.—Ley 11, tit. VIII, lib. VII, Digesto.—Párr. 1.º, tit. V, lib. II, Instituta.

COMENTARIO

Algo de lo contenido en este artículo hemos dicho en el comentario anterior al marcar la diferencia entre el uso y la habitación. En el presente se establecen las obligaciones inherentes á ambos derechos con arreglo á las leyes 20 y 27 de Partidas, segun las cuales el que tiene la servidumbre de habitación, de la misma manera que el que tiene la de uso, no pueden enajenar su derecho. El usuario cuidará de que la cosa no pierda por su culpa, para lo cual deberá prestar fianza de restituirla á su dueño sin el menor menoscabo, tan pronto como termine el tiempo por el cual fué concedido el derecho. Además, el usuario no puede arrendar ni empeñar su derecho, obligación que como ya hemos dicho, no tiene lugar en la servidumbre de habitación, porque puede ser arrendada ó alquilada á otras personas.

Artículo 755.—El que tiene derecho de usar sólo de una casa, puede vivir en ella con su familia y recibir huéspedes. Si se tratase de un rebaño, puede aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto baste

para su consumo y el de su familia, y de los estiércoles necesarios para sus tierras.

ORÍGENES

Ley 21, tit. XXXI, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 871 Cód. Holanda, y en parte con el 632 Francia.

COMENTARIO

Uso tan solamente habiendo algun ome en su casa agena, bien puede y morar él e su muger, e sus fijos, e su compañía, e puede y aun recibir huéspedes si quisiere. De la misma manera puede el usuario tomar de la leche, cría, lana y estiércoles de los ganados, todo lo que necesite para él y su familia de las primeras y de los segundos para las tierras, derecho que Roma no reconocía haciendo el uso casi nulo.

Artículo 756.—Cuando el usuario consuma todos los frutos de los bienes, queda obligado á sufragar los gastos de cultivo, reparaciones y pago de contribuciones. Si todo no lo consumiera, y al propietario le quedase una parte de frutos, bastante para cubrir los gastos y cargas, no tiene aquél obligación de sufragarlos.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 635, párr. 1.º, Cód. Francia.—547 Cerdeña.—875 Holanda.—641 Luisiana.—422 Vaud.—358 Nápoles.—2259 Portugal.—Leyes 42, tit. I, y 15, tit. VIII, lib. VII, Digesto.

COMENTARIO

Se comprende perfectamente que si al usuario se le exigiesen reparos y pago de contribuciones no pudiendo utilizar más que lo necesario, el uso sería un gravamen más que un derecho; pero si disfrutara de todos los frutos y rendimientos de la cosa, dada su poca extensión é importancia, debe pagar todos los reparos, cargas y contribuciones, porque tampoco sería justo exigirselos al propietario que nada percibiere de la cosa.

Artículo 757.—El derecho de habitación se constituye por contrato ó testamento pa-

ra toda la vida ó con limitación de tiempo, y no acaba sino por el trascurso del mismo, la muerte ó la renuncia.

ORÍGENES

Ley 27, tit. XXXI, Partida 3.^a

COMENTARIO

Realmente el derecho de habitación viene á extinguirse por las mismas causas que el usu-

fructo, aunque la ley no consigna otras que la muerte, la renuncia y el tiempo; mas no vemos motivo para que por la consolidación, destrucción de la cosa y otros semejantes, deje de terminar este derecho. En cuanto á los modos de constituirse y el tiempo de su duración, bien clara está la ley.

Por último, el uso se constituye y se pierde de la misma manera que el usufructo, doctrina que aplicada también á la habitación se halla establecida en los Códigos de Francia, Portugal, Italia, Holanda, Luisiana, Bolivia, Vaud, Friburgo, Valais y Tesino.

CAPÍTULO II

DE LAS SERVIDUMBRES REALES

SECCION PRIMERA

DE LAS SERVIDUMBRES REALES EN GENERAL

Artículo 758.—Las servidumbres reales se constituyen para el servicio y comodidad de un edificio, predio, heredad ó finca rústica ó urbana.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tit. XXXI, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 687 Cód. Francia.—608 Nápoles.—630 Cerdeña.—474 Austria.—707 Luisiana.—537 Valais.—540 Neuchâtel.—Libro II, cap. VIII, párr. 2.º, Baviera.—Párr. 1.º, tit. III, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Como consecuencia se deduce que incumbe justificar la servidumbre al que sostiene haberse establecido en su beneficio (Sents. 13 Enero 1860 y 26 Noviembre 1864).

Es principio general que rige acerca del libre ejercicio de la propiedad, que el dominio debe entenderse pleno mientras no se pruebe lo con-

trario. Consecuencia de esto es, que toda finca se presume libre mientras no se pruebe la carga que sobre ella pesa (Sents. 26 Diciembre 1865; 7 Abril 1864; 30 Junio 1864; 13 Diciembre 1865).

COMENTARIO

Hemos dicho en otro lugar, que ciertos derechos se llaman reales porque se hacen efectivos en la cosa, de modo que el dueño tiene en ella todos los derechos, menos los que por cualquier título pertenezcan á otra persona, entre los cuales se cuentan las servidumbres. A este propósito, una de las cuestiones suscitadas por los autores ha sido la relativa al nombre de este derecho, porque á muchos de aquéllos repugnaba el nombre de servidumbre, lo que en realidad no es más que una sutileza. Nosotros lo admitimos, y así creemos debe llamarse, porque desde el momento en que la cosa sirve á otro que no es el dueño, hay servidumbre.

En artículos anteriores quedan definidas y estudiadas las servidumbres personales, primer

miembro de la clasificación hecha por la ley, y ahora nos toca hacer lo mismo con las reales.

Estas se hallan comprendidas en la 1.ª, título XXXI, Partida 3.ª, al decir: *servidumbre es derecho é uso que ome há en los edificios, ó en las heredades ajenas, para servirse dellas á pro de las suyas*; después de lo cual no es menester gran esfuerzo para conocer la diferencia que las separa de las personales, porque la última cualidad marcada en la definición anterior no cabe en estas últimas, constituidas á favor de determinada persona, y caracteriza perfectamente á las reales, en el mero hecho de considerarlas constituidas en beneficio de otros predios ó heredades.

Las servidumbres, con arreglo á la ley que estamos examinando, se dividen en rústicas y urbanas: las primeras están constituidas sobre las tierras, y las segundas sobre las casas y edificios; pero es necesario tener en cuenta que los jardines de las ciudades son considerados como urbanos, así como las casas de labor son rústicas. Hay que atender, pues, á la naturaleza de las cosas para conocer la clase de servidumbre en ellas constituida, pudiendo servir como regla general la distinción que también hay entre la superficie y el suelo. Vamos á estudiar los principales caracteres de esta clase de servidumbres.

Artículo 759.—Las servidumbres son continuas y discontinuas.

Las primeras son aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre, como son las servidumbres de luces y otras de la misma especie.

Las segundas son aquellas cuyo uso necesita algún hecho actual del hombre, como son las de senda, carril y otras de esta clase.

ORÍGENES

Leyes 15 y 16, tit. XXXI, Partida 3.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 688 Cód. Francia.—724 Holanda.—723 Luisiana.—501 Bolivia.—279 Tesino.—541 Neufchatel.—768 Soleure.—2370 Portugal.—617 Italia.—589 Nápoles.—637 Cerdeña.—Ley 7.ª, tit. VI, lib. VIII, Digesto.

COMENTARIO

La continuidad ó discontinuidad es uno de

los caracteres marcados á las servidumbres. El Derecho Romano había ya consignado esta distinción entre sus leyes, y las Partidas al copiar aquel derecho no le olvidaron. También se dividen las servidumbres en aparentes y no aparentes, según que se distinguen por algún signo exterior dispuesto para su aprovechamiento, ó que no presentan señal alguna que indique su existencia. Su inscripción en el Registro de la propiedad es requisito indispensable para que produzcan efecto contra tercero, y aunque la mayor parte de las legislaciones modernas consideran en principio como necesaria la inscripción, no se expresan todas de la misma manera en cuanto al modo de llevarla á cabo en todas sus partes; en Alemania, por ejemplo, es obligatorio el inscribir las servidumbres no aparentes para que produzcan efecto contra tercero, así como las aparentes lo producen sin necesidad de ese requisito. Nuestra Ley hipotecaria no hace distinción alguna, y con arreglo á sus disposiciones no perjudicarán á tercera persona los títulos de servidumbres que no estén inscritos en el Registro; pero una vez que esto tenga lugar, producirán aquel efecto desde la fecha de la inscripción. Atenta la ley á evitar los perjuicios que pudiera ocasionar al tercer contratante las cargas ó gravámenes ocultos de las cosas, y á fin de evitar el fraude y la inmoralidad, no escasea los medios necesarios y oportunos para hacer pública la situación de la propiedad de inmuebles.

De lo dicho en un principio al definir las servidumbres, se deduce otra división de las mismas en afirmativas y negativas, según consisten en permitir ó no hacer; así serán afirmativas aquellas en que el dueño de la cosa tenga que permitir hacer en ella algo á otra persona para su beneficio, y negativas cuando el dueño esté obligado á no hacer nada que perjudique el derecho adquirido sobre su propiedad por otra persona. Esta diferencia es de mucha importancia, sobre todo, tratándose de la adquisición de servidumbres por prescripción, como estudiaremos oportunamente. Baste decir por ahora, que en las afirmativas comienza á contarse el tiempo ó plazo de la prescripción desde el primer acto verificado sin contradicción por el dueño del predio dominante, y que en las negativas los actos verificados por el dueño del predio que pretende ser dominante, nada favorecen á la prescripción porque los consienta el del otro predio, pues se empieza á contar el término desde el primer acto del dueño del predio sir-

viente, que tenga por objeto hacer aquello que no podría hacer, á existir la servidumbre.

Finalmente, hay otras divisiones de las servidumbres que no exponemos aquí porque en otro lugar tendremos necesidad de estudiarlas.

Artículo 760.—Las servidumbres son inseparables de la finca á que pertenecen, y no se pierden porque cambien de dueño los predios dominante y sirviente.

ORÍGENES

Leyes 8.ª y 12, tit. XXXI, Partida 3.ª

Art. 108 Ley Hip.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 2268 Cód. Portugal.—Ley 12, tit. VI, lib. VIII, Digesto.—Párr. 3.º, tit. III, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

No son aplicables las leyes 8.ª y 12, tit. XXXI, Partida 3.ª cuando la cuestión litigiosa gira sólo sobre la manera en que ha de tener lugar el disfrute de la servidumbre, pues sus disposiciones se dirigen únicamente á determinar que ésta no puede separarse de la finca á que se halla afecta, ni perderse por venta ó traslación de dominio (Sent. 12 Mayo 1866).

En la misma hipótesis de existir una servidumbre, cuando se vende un predio sin establecerse en el contrato un modo distinto de disfrutarlo el comprador, debe entenderse vendido con aquel derecho, si es preciso su uso para el disfrute del mismo predio (Sent. 14 Setiembre 1867).

COMENTARIO

Uno de los caracteres principales de la servidumbre es su constitución sobre cosa inmueble. Es el primer requisito que hemos marcado al definir aquel derecho, requisito sin el cual dejaría de ser carga real y de existir por consiguiente la servidumbre. La ley 12 de Partidas al ocuparse de este carácter dispone que *aquella non se puede apartar de la heredad ó del edificio en que es puesta*, de cuya disposición se deduce en primer lugar, que no podrá ser vendida la cosa sin la carga ó gravamen, y en segundo lugar, que tampoco podrá ser hipotecada separadamente, según se halla dispuesto en la Ley Hipotecaria.

De este primer requisito de las servidumbres

se deduce otro igualmente necesario para que existan, á saber, que no pueden constituirse sino en utilidad ó en favor de una cosa inmueble. En efecto, precisamente porque no sirven á otras personas sino á otras cosas, es por lo que se les da el nombre de reales y por lo que muchos han dicho que no debía contarse el usufructo entre las servidumbres. Ahora bien; podrá decirse que no pudiendo nunca prestar utilidad una cosa á otra sino á su dueño, para el cual siempre resulta el provecho, no cabe citar como carácter de las servidumbres el que estamos estudiando; pero debemos hacer constar que la utilidad no debe entenderse en absoluto á favor de un predio, sino á favor de su dueño, sea quien quiera, de manera que el provecho de la servidumbre va unido á la cosa independientemente de la persona que la posea, al contrario, de lo que pasa en el usufructo que no le tiene más que una persona determinada, muerta la cual queda libre la cosa sobre que estaba constituido.

Consecuencia de lo expuesto es que en toda servidumbre real son necesarios dos predios: uno á cuyo favor está aquella constituida, llamado dominante, y otro que sufre el gravamen, llamado sirviente.

Artículo 761.—Las servidumbres son indivisibles: si el predio á cuyo favor se constituyó la servidumbre perteneciere á varias personas, cada una de ellas es dueña de toda la servidumbre.

Del mismo modo si fueren varios los dueños del predio sirviente, cada uno de ellos debe entera la servidumbre.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tit. XXXI, Partida 3.ª

COMENTARIO

La ley 9.ª, donde se halla consignado este carácter de las servidumbres, dice: que si otorgada una de éstas en una casa á favor de otra muriese el dueño de la segunda dejando varios herederos, cada uno de ellos puede reclamar toda la servidumbre, y de la misma manera el que tiene derecho á ella puede reclamarla toda á cualquiera de los que tengan la finca sobre que grave la servidumbre.

Esto es claro, porque no se concibe tener trozos de un derecho que por estar constituido á favor de una cosa lo disfrutaban por igual todos

sus dueños, de la misma manera que todos ellos están obligados á permitir ó no hacer cuando en su propiedad pesa la carga de la servidumbre. Sin embargo, como puede haber division en cuanto al objeto ó al tiempo de ejercitarse aquélla, conviene tener presente para no dar lugar á confusion, que el carácter de indivisibilidad de la servidumbre es en cuanto se la considera como derecho, porque de otro modo no solamente puede ejercitarse por partes con relacion al tiempo, sinó tambien con relacion á las personas.

Artículo 762.—Las servidumbres se constituyen sobre predio ajeno, y no pueden fundarse sobre las cosas públicas ni en las de derecho divino.

ORÍGENES

Ley 13, tit. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Sent. 6 Febrero 1864.

Si, conforme á la ley 13, no pueden establecerse servidumbres sobre las cosas que son á uso é á procumunal de alguna cibdad ó villa, asi como los mercados, las plazas é los exidos, pueden, sin embargo, ganarse por tiempo de cuarenta años, segun la ley 7.ª, tit. XXIX, Partida 3.ª, respecto de aquellas otras cosas que *maguer sean comunalmente del concejo de alguna cibdad ó villa non usan comunalmente dellas todos, asi como de las otras cosas sobre dichas* (Sent. 6 Febrero 1864).

La servidumbre tiene que constituirse en cosa ajena (Sent. 6 Marzo 1875).

COMENTARIO

Las servidumbres pueden constituirse en cosas propias, dice la ley 13; pero es necesario que sea provechosa al *eredamiento de otri é non á la suya*, porque los hombres se sirven de sus cosas, no á manera de servidumbre, sinó como dominio. En efecto, no tendria aquel nombre si no sirviese á otro, ni puede terminar por consolidacion si no está constituida en predio ajeno.

Las cosas sobre las que puede imponerse esta carga han de ser inmuebles, y deben estar en el comercio de los hombres, razon por la cual excluye la ley, como no susceptibles de admitir gravámen, las públicas ó propias de un pueblo ó ciudad, y las de derecho divino, entre las cuales se cuentan las sagradas, religiosas y santas.

Ahora bien, ¿puede una servidumbre ser materia de otra? Los romanos trataron la cuestion, que por cierto no es fácil de resolver. Ortolan lo niega, porque siendo esa carga un fragmento del dominio, no puede constituirse sobre él otro fragmento sin perjudicar al dueño, en lo cual tiene razon; pero supongamos que es un usufructo y que el usufructuario concede á otro la servidumbre de paso; ¿podrá traer algun perjuicio ésta al dueño, una vez terminado el usufructo?

Artículo 763.—Las servidumbres son voluntarias y legales.

Las primeras provienen de la voluntad de los particulares, manifestada por contrato ó testamento, y de la posesion continuada.

Las segundas son impuestas por las leyes por razon de utilidad pública.

ORÍGENES

Ley 14, tit. XXXI, Partida 3.ª

Ley 13 Junio 1879.

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 639 Cód. Francia.—2271 Portugal.—672 Holanda.—655 Luisiana.—507 Bolivia.—425 Vaud.—609 Friburgo.—222 Tesino.—477 Valais.—489 Neufchatel.—532 Italia.—Ley 15, tit. I, lib. VIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Enero 1860.

Sent. 27 Diciembre 1871.

Sent. 23 Febrero 1874.

Sent. 2 Noviembre 1874.

Las servidumbres reales puede adquirirlas á su favor el dueño del predio dominante, con arreglo á la misma ley (Sent. 12 Febrero 1859).

Las servidumbres reales sólo se constituyen por pacto, uso y testamento (Sent. 13 Enero 1860).

Para exigir el cumplimiento de una servidumbre es necesario probar se constituyó por uno de los medios marcados en la ley 14, título XXXI, Partida 3.ª, porque toda finca se presume libre mientras no se pruebe lo contrario (Sent. 23 Junio 1862).

No tratándose en un pleito de la existencia de una servidumbre, son aplicables á él las leyes 14 y 15, tit. XXXI, Partida 3.ª, y la doctrina del Tribunal Supremo, que impone la obligacion de probar la existencia de una servi-

dumbre al señor del predio favorecido con ella (Sent. 28 Abril 1863).

Es inoportuno invocar los preceptos de la ley 14, cuando únicamente se declaran los derechos dominicales correspondientes á cada uno de los litigantes, sin reconocer como existente ninguna servidumbre (Sent. 22 Mayo 1865).

Quando no hay constituida servidumbre alguna, es inoportuno citar como infringida la ley 14, tit. XXXI, Partida 3.ª, pues no teniendo aplicacion al caso no puede infringirse (Sentencia 24 Setiembre 1866).

La ley 8.ª, tit. IV, lib. IV, Fuero Viejo, está derogada por otras leyes posteriores, que sólo permiten constituir servidumbres por prescripcion, contrato y testamento (Sent. 13 Octubre 1866).

La ley 28, tit. V, Partida 5.ª, no tiene aplicacion á las servidumbres urbanas, que deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes (Sents. 14 Mayo 1871 y 10 Abril 1875).

Las servidumbres consisten en un derecho real respecto al predio dominante, y en un gravámen respecto al sirviente, que limita su dominio, y deben constituirse por uno de los medios reconocidos en la ley 14, tit. XXXI, Partida 3.ª (Sent. 30 Abril 1878).

COMENTARIO

Los tres modos señalados en la ley 14 para la constitucion de las servidumbres son por contrato, por testamento y por prescripcion.

No pareciendo bien esta nomenclatura á to-

dos, tampoco ha sido la única que ha existido. El Código frances dice, que las servidumbres se constituyen por la naturaleza, por declaracion de la ley, por voluntad de los particulares y por prescripcion; pero el Proyecto de Código, desechando las primeras porque la naturaleza no puede constituir servidumbres, admite como verdadero origen de ellas la ley, la voluntad de los particulares y la prescripcion. Esta nomenclatura nos parece mejor, porque como despues veremos, hay muchas servidumbres constituidas por la ley. No decimos lo mismo de las llamadas judiciales ó que nacen mediante declaracion judicial, porque si el juez las declara, es por exigirlo así la ley ó cualquiera de las causas dichas.

La inscripcion en el Registro es citada por algunos como medio de constituir servidumbres; pero no admitimos como tal lo que únicamente es su garantía, pues así como cuando se compra una casa se inscriben los títulos en el Registro, así no se constituye una servidumbre sin hacerla constar del mismo modo.

No hay, por consiguiente, otros modos de constituir servidumbres, y así tambien lo ha declarado repetidas veces el Tribunal Supremo, que el pacto, el testamento y la prescripcion; mas como por razon de utilidad pública han impuesto las leyes ciertas servidumbres forzosas, de donde les viene el nombre de legales, nosotros las estudiaremos á continuacion de las voluntarias, procurando distinguir unas de otras.

CAPÍTULO III

DE LAS SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS

SECCION PRIMERA

COMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES

Artículo 764.—Todo propietario de una finca ó heredad, ya tenga sobre ella el dominio pleno ó el útil, puede establecer en la

misma cuantas servidumbres tenga por conveniente (a).

Tambien pueden constituirse mediante