

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 otro 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

Concuerta 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).

Cuando 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

convenio celebrado entre partes contratantes.

ORÍGENES

Ley 11, tit. XXXI, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

(a) Concuerda sustancialmente con: Artículo 686 Cód. Francia.—721 Holanda.—705 Luisiana.—577 Bolivia.—616 Italia.—477 Vaud.—275 Tesino.—534 y 536 Valais.—539 Neuchâtel.—607 Nápoles.—634 Cerdeña.

COMENTARIO

Únicamente pueden constituir servidumbres, según la presente ley, los que puedan desprenderse de parte del dominio, porque aquélla equivale á una enajenación que sólo pueden hacerla los que tienen el segundo ó una fracción de él sobre un predio, como sucede al enfiteuta.

Ha llamado la atención de algunos autores, el decir las Partidas que la servidumbre constituida por el dueño en su heredad *vale para siempre*; frase que no da á entender una duración perpetua, sino que como dice Gregorio Lopez en cuanto á la enfiteusis, vale para siempre que ésta siga, y acabada tal servidumbre vuelve la cosa al dominio libre de servidumbre.

No podrán, sin embargo, constituir esta clase de derechos, el simple proseedor, ni el usufructuario, ni el que esté sometido á la autoridad paterna ó marital, porque los primeros no tienen facultad para disponer de la finca y por tanto para gravarla, y el segundo no tiene la libre administracion de sus bienes, requisito necesario para poder disponer de ellos.

Artículo 765.—Siendo muchos los condueños de la cosa sobre que se impone servidumbre, han de convenir todos á otorgarla, bien desde el principio ó por acto posterior; el hecho de cualquiera de ellos no perjudica á los demas que no convinieron en él.

ORÍGENES

Ley 10, tit. XXXI, Partida 3.^a

COMENTARIO

Por esta ley, los dueños de una cosa pueden gravarla con servidumbre; pero es preciso que

en ello convengan todos, porque si algunos desearan de hacerlo, podrían oponerse á su otorgamiento, pues á nadie obliga los actos de otro; mas si luego consintieran en constituirla, valdría de la misma manera que si desde el principio hubieren convenido todos en ello.

Ahora bien, tratándose de disfrutar varios la servidumbre por otro constituida, creemos que cada uno puede aceptar lo que más utilidad le produzca, sin necesidad del comun convenio.

Nada dicen las Partidas respecto al título mediante el cual se adquieren las servidumbres provenientes de contrato ó por última voluntad; pero no cabe duda en esta materia, porque la Ley Hipotecaria exige para el primero documento escrito, y no puede servir de base á la segunda más que el testamento.

Artículo 766.—Las servidumbres continuas se adquieren en virtud de título y posesion de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las discontinuas por tiempo inmemorial.

ORÍGENES

Leyes 15 y 16, tit. XXXI, Partida 3.^a

JURISPRUDENCIA

Sent. 28 Junio 1860.

Sent. 25 Octubre 1866.

Sent. 17 Junio 1873.

Sent. 23 Febrero 1874.

Sent. 27 Febrero 1874.

Sent. 11 Marzo y 11 Abril 1874.

Para adquirir por prescripcion las servidumbres discontinuas, no basta el tiempo ordinario, sino que se necesita la posesion inmemorial con los caracteres y requisitos especiales de esta posesion (Sents. 13 Enero 1860, 23 Junio 1862, 26 Octubre, 9 Noviembre 1865, y 12 Junio 1866).

La servidumbre debe considerarse limitada á lo que se justifique en legal forma (Sent. 18 Marzo 1867).

La ley 15, tit. XXXI, Partida 3.^a, no es aplicable en cuanto á la constitucion de una servidumbre de luces, al caso en que la pared sea medianera (Sent. 29 Marzo 1870).

Si se tratara de una servidumbre de paso, es necesario probar la libertad de la finca (Sentencia 28 Setiembre 1872).

Las leyes 14 y 15, tit. XXXI, Partida 3.^a, que tratan de los modos de constituirse las servi-

dumbres y del tiempo por que se ganan, no tienen aplicacion al caso en que la posesion no reúne las condiciones legales que supone la segunda (Sent. 25 Enero 1861).

Si bien las servidumbres continuas se adquieren por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, ha de ser con la condicion de que el uso de ellas se haga á buena fe, cuidando que hay derecho de lo hacer (Sent. 9 Febrero 1877).

No puede constituirse servidumbre en un solo predio y de propiedad de una sola persona (Sent. 15 Marzo 1860).

No habiendo predio sirviente, no es posible hacer declaracion alguna de servidumbre constituida por el trascurso del tiempo (Sent. 17 Setiembre 1866).

No habiéndose probado á juicio de la Sala sentenciadora la existencia de la servidumbre de acueducto, no puede decirse que se infringe la ley 15, tit. XXXI, Partida 3.^a, que establece el tiempo necesario para la prescripcion de este derecho, según sea su uso continuo ó discontinuo (Sent. 13 Junio 1866).

Al que quiere utilizarse de una servidumbre incumbe probar que en efecto tiene derecho á ella (Sents. 12 Junio 1866, 1.º Diciembre 1864 y 13 Diciembre 1865).

A la Sala sentenciadora toca apreciar si se ha justificado bien la posesion de una servidumbre, cuya apreciacion debe prevalecer interin no se alegue contra ella alguna infraccion de ley ó doctrina legal (Sent. 1.º Junio 1866).

La accion confesoria fundada en el uso de una servidumbre desde tiempo inmemorial, exige por parte del actor la prueba de la posesion en que apoya su derecho (Sents. 17 Junio 1864 y 26 Noviembre 1864).

COMENTARIO

La prescripcion es un modo de adquirir las servidumbres por el lapso del tiempo mediante título.

No fué tratado este punto con toda claridad por el Derecho Romano. La ley Scritoria establecía que cualquiera que fuese el tiempo trascurrido, por el no uso no se pierda la libertad de los predios; mas andando el tiempo, los pretores admitieron por excepcion el derecho adquirido por el uso continuado, y nació la prescripcion para las servidumbres. Copió esto Justiniano, y á éste las Partidas, que, distinguiendo en la ley 15 las servidumbres continuas de las disconti-

nuas dijeron: *De tal natura seyendo la servidumbre, que ficiesse servicio a otri cotidianamente, sin obra de aquel que la recibe; asi como si fuesse aguaduco que corriese de fuente que nasciese en campo de alguno o otra semejante; si el vecino se sirve de esta agua, regando su heredad diez años, estando su dueño en la tierra, e non lo contradiciendo, o veinte, seyendo fuera della; e esto ficiese a buena fe, cuidando que avia derecho de lo hacer, e non por fuerza, nin por ruego que oviese fecho al dueño de la fuente, o del campo por do pasava, ganaria por este tiempo tal servidumbre. Esto mismo seria, si alguno oviese viga metida, o abriese finestra... o le contrallase que non alzase su casa... en cualquier destas servidumbres o otras semejantes, de que ome se aprovechase sin obra de cada dia se podria ganar por tanto tiempo, e en aquella manera, que de suso digimos del aguaduco. Mas las otras de que se ayudan los omes, para aprovechar, e labrar sus heredades, e sus edificios, que non usan dellas cada dia, mas a las veces, asi como senda o carrera, o via que oviesse en heredad de su vecino; o en agua que viniese una vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada dia: tales servidumbres, e las otras semejantes non se podrian ganar por el tiempo sobredicho; ante decimos que quien las quisiere aver por esta razon, ha menester que haya usado dellas, ellos, o aquellos de quien las ovieron, tanto tiempo de que non se puedan acordar los omes quanto ha que lo comenzaron a usar.*

Por lo prescrito en esta ley se ve que no hasta el tiempo para prescribir, si á la vez no hay justo título y buena fe, pues en los actos de simple tolerancia no cabe prescripcion. Esto, sin embargo, ha dado lugar á dudas, porque consistiendo la servidumbre en no hacer ó permitir que otro haga, parece que un acto de tolerancia produce derechos; pero esto que pudiera admitirse en la prescripcion inmemorial, porque de ningun modo puede justificarse en muchas ocasiones más que por el tiempo, no sucede lo mismo en la prescripcion ordinaria, para la cual, ademas del tiempo, deberá atenderse al justo título y buena fe.

Ahora bien; ¿es esto lo que la ley dispone? No por cierto; establece como necesarios dichos requisitos, sin hacer distincion entre las prescripciones ordinarias y extraordinarias, cuya doctrina ha sido confirmada por algunos fallos del Tribunal Supremo, de suerte que á ella de-

bemos atenernos, aunque no desconocemos que la materia se prestaba á dudas.

Desde cuándo debe contarse el tiempo para la prescripción, es punto estudiado anteriormente al distinguir las servidumbres afirmati-

vas de las negativas. En las primeras se contará desde que empiecen á usarse, y en las segundas, desde que el dueño del predio dominante impide al del sirviente hacer uso de su libertad.

SECCION SEGUNDA

DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS

Artículo 767.—Son servidumbres urbanas:

Primera. El derecho que puede tener un propietario de apoyar su casa ó columna sobre la columna ó casa del vecino.

Segunda. El de horadar la pared del vecino para colocar maderas ó vigas.

Tercera. El de abrir una ventana en la pared del vecino para tomar luz.

Cuarta. El de echar las aguas que se recogen en el tejado de una casa á la finca del vecino, por canales ó caños.

Quinta. El impedir que otro quite luz ó vistas levantando más su edificio.

Sexta. Y el de entrar á la propia casa por la casa ó predio del vecino.

ORIGENES

Ley 2.ª, tit. XXXI, Partida 3.ª

JURISPRUDENCIA

Legalmente puede existir medianería sin pacto ni necesidad de construir sobre la línea divisoria (Sent. 22 Mayo 1865).

COMENTARIO

Después de definir las servidumbres urbanas, la ley 2.ª enumera á continuación sus diversas clases, y puesto que su definición ya la conocemos, vamos á estudiarlas siguiendo el mismo orden en aquélla establecido.

Consiste la primera, llamada *oneris ferendi*, en el derecho de levantar una casa ó pared sobre el muro ó pared del vecino. Se ha considerado esta servidumbre como anómala, por-

que se obliga al dueño del muro á repararle, contra la regla de que las servidumbres no consisten jamás en hacer.

Para explicar esto se ha dicho que provenía dicha obligación, de que á la estipulación de la servidumbre seguía un pacto, por el que se obligaba el dueño del pilar ó pared á repararla y sostenerla; pero no cabe semejante pacto, y lo más verosímil, á nuestro entender, es que la servidumbre *oneris ferendi* lleva ya tras sí por práctica la obligación del dueño de reparar la pared.

La servidumbre *tigni immittendi* es más frecuente, y tiene lugar cuando en la pared del vecino se apoyan las vigas ó maderos de una casa.

La de *altius non tollendi* es el derecho que tiene el dueño del predio dominante para que el del sirviente no levante su casa ó pared. No admite dificultad esta servidumbre; pero si la tiene la de *altius tollendi*, porque es contraria á la naturaleza de la servidumbre el obligar á hacer ó á levantar más alto. Algunos han dicho que esto tiene por objeto el librar de los aires á otros edificios con lo que se levante, lo que no puede admitirse, porque no puede obligarse á hacer. Parladorio sostiene que esta servidumbre es *altius non tollendi* para el que la presta, y *altius tollendi* para el que la tiene. Ninguna de estas opiniones resuelve satisfactoriamente la cuestión, y, á nuestro modo de ver, es más acertada la opinión de los que dicen que, si estuviese prohibido por las ordenanzas municipales el levantar más de cierta altura los edificios, el que tuviere derecho para pasar de ese límite tendría á su favor la servidumbre *altius tollendi* respecto á los demás que no podían hacerlo.

Otras dos servidumbres urbanas son las llamadas *stillicidii* y *fluminis*, que consisten en el derecho que tiene el propietario de una casa

para echar en predio ajeno el agua recogida en el tejado, ya dejándola salir por las tejas en la primera, ya por canales en la segunda. En contraposición á éstas, existen las llamadas *non recipiendi* y *recipiendi*; en cuanto á la primera, el dueño de un fundo tiene derecho á que no se arrojen en él las aguas recogidas en el contiguo, y en cuanto á la segunda han surgido las mismas dudas que en la de *altius tollendi*, cuya solución es aplicable á este caso.

La servidumbre de luces (*luminum, nec luminibus officiat*) es el derecho de abrir ventanas para tomar luz. Para esta servidumbre hay que tener en cuenta algunos principios. Calvo Pereira, en su obra de Arquitectura legal, es el que mejor ha tratado la materia, y dice que no pueden tomarse luces por pared medianera. Si la pared es propia, pueden abrirse ventanas siempre que el paraje por donde se tomen luces sea propio ó calle pública, porque si fuere ajeno era necesario pactar la servidumbre. Añade dicho autor, que para la buena armonía entre los propietarios, puede tomarse luz por solar ajeno por ventanas de tercia de alto y cuarta de ancho, colocadas á ocho piés de altura, y si se tatase de alumbrar habitaciones bajas, puede hacerse añadiendo á las ventanas una nariz que reciba la luz sin que permita ver la casa del vecino. Como estos actos son de simple tolerancia y á nadie perjudican, no crean derechos á favor de otra persona, y por tanto para que este derecho siguiere, el día que el dueño del solar quisiere edificar habría necesidad de constituir por pacto la servidumbre de luces.

A ésta se parece la de vistas (*prospectus, nec propectui officiat*), aun cuando aquélla es para alumbrar tomando luces y ésta consiste en sufrir que el vecino tenga vistas sobre nuestro fundo. También la conocieron los romanos; pero ni en su Derecho ni en el de las Partidas la hallamos reglamentada.

Esta servidumbre es de dos clases, de vistas rectas y oblicuas. Las primeras son las que se toman por pared paralela á la línea divisoria de dos predios, y las segundas las que se toman por pared perpendicular al predio ó á dicha línea. Veamos en qué consisten las primeras. No perteneciendo al dueño del edificio el solar que tiene delante, no se pueden tomar vistas sinó pactando la servidumbre y dejando entre casa y casa cierta distancia que el Proyecto de Código dice ha de ser de seis piés. Si la pared es medianera, es necesario el consentimiento del

condueño, adoptándose las precauciones necesarias para la independencia de los predios en caso de convenio. Para las vistas oblicuas marca el Proyecto de Código la distancia de dos piés. Tales son las reglas que con arreglo á la práctica pueden darse en esta materia.

Las servidumbres de *projiciendi* y *protegen-di* se parecen á la de *oneris ferendi*. La primera consiste en el derecho de sacar fuera de la fachada de una casa, un balcon, voladura, etc., sobre el área del vecino, y la segunda, en el derecho de hacer que sobre un predio sobresalga el tejado de otro para proteger al primero de la intemperie y evitar los daños que ésta pueda causar.

Por último, la ley habla también de la servidumbre, que consiste en dar entrada á una casa por la del vecino, en cuya servidumbre, así como en las anteriores, las reparaciones ú obras necesarias para su disfrute serán de cuenta de aquel en cuyo favor se hallen constituidas, por más que algunos admiten excepciones á este principio como ya hemos visto en la *oneris ferendi*.

La servidumbre de medianería no se conoció en Roma, porque las casas se edificaban separadas unas de otras y no había lugar á constituir la. Tampoco han tratado nuestros Códigos de ella, ni hay ley donde se haya consignado, por lo cual se rige por las ordenanzas ó usos locales y por convenios particulares.

Consiste en el derecho, que el dueño de una pared levantada para edificio, concede al que lo es de la finca contigua para aprovecharse de ella con el mismo objeto. Debe hacerse constar su constitución en documento público ó privado, y á falta de título, se prueba su existencia por medio de presunciones ó señales. Se considera medianera la pared, cuando tiene por uno y otro lado la albardilla ó pared inclinada que generalmente se construye para defensa, y también cuando siendo de mampostería, tiene por ambos lados lo que comunmente se llama piedras pasaderas, de suerte que si éstas ó la albardilla estuvieren sólo por un lado, no se considerará la pared medianera.

No existiendo señal alguna, se presume existente esta servidumbre, según el art. 512 del Proyecto de Código: 1.º, en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto comun de elevación; 2.º, en las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitos en poblado ó en el campo; 3.º, en las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.