

hay todavía más que un derecho de crédito, un derecho de acción contra el propietario, para obligarle á establecer la servidumbre, en cumplimiento de la obligación que se le ha impuesto. En el primer caso, hay verdadera servidumbre, derecho real; en el segundo, sólo hay una obligación. Los medios indicados en el texto ¿hacen adquirir la servidumbre, la establecen como derecho real, ó dan sólo el derecho de obligar á establecerla? Esto es lo que importa examinar en cada uno de ellos.

En nuestras explicaciones, nos colocáremos en la época y bajo el sistema legislativo de Justiniano, en que no existían los medios civiles de adquirir del antiguo derecho, la *mancipatio* y la *in jure cessio*, y en que la tradición llegó á ser en todas las cosas corpóreas un medio de transferir la propiedad, y en que todo el suelo del imperio participaba del mismo derecho, sin distinguir el suelo itálico del provincial. En cuanto á la relativo al estado anterior del derecho civil, darémos nuestras explicaciones en notas.

Jus constituere. Cualquier dificultad podría quedar allanada con esta expresión, si designase forzosamente la constitución, el establecimiento de la servidumbre como derecho real. Pero la veremos, aun bajo el antiguo derecho, empleada por Gayo indistintamente en un caso en el cual no existía más que una obligación (1). Deja, pues, intacta la cuestión.

Pactionibus atque stipulationibus. Teófilo explica en su paráfrasis del modo siguiente el establecimiento de las servidumbres por pactos y estipulaciones: no hace de éstos dos medios distintos, de los cuales pudiera usarse uno ú otro; pero sí dos medios que concurren juntos (*pactionibus atque stipulationibus*, dice el texto, y no *pactionibus vel stipulationibus*). Supone que siendo propietario de fundos inmediatos, convenimos nosotros en establecer una servidumbre sobre uno en beneficio del otro, y que para sancionar este pacto ó esta convención recurrimos á una estipulación: «¿Prometes sufrir tal servidumbre?—Lo prometo.» Para mayor seguridad, añade Teófilo en su ejemplo una cláusula penal: «Y si tú me pones obstáculo, ¿prometes pagarme cien sueldos de oro en calidad de pena?» (2). Así el pacto y la estipulación no salen aquí de los efectos naturales de los contratos, y producen una obliga-

(1) D. 7. 1. 3. pr. f. Gay.

(2) Teof. Paraf. hoc, §.

ción. La servidumbre se debe por el que la ha prometido, y está obligado bajo cláusula penal á establecer y á sufrir su ejercicio: para obligarle á ello hay la acción personal producida por la estipulación. Pero la servidumbre no se halla establecida, ni existe como derecho real. El pacto y la estipulación, impotentes para dar por sí mismos el derecho de propiedad, no pueden dar tampoco un fragmento ó una desmembración de este derecho.

Mas ¿para qué acumular así el pacto (convención por sí misma no obligatoria) con la estipulación de una suma en calidad de pena? Porque esta expresión *pactis et stipulationibus*, tomada de la Instituta de Gayo, se aplicaba por este autor al suelo provincial, respecto del cual no podía existir realmente ni propiedad ni servidumbre. Se buscaba, pues, un medio ingenioso de conseguir el fin. La convención, ó aun la estipulación directa de la servidumbre, no producían en todo rigor vínculo jurídico, pues sólo servían para arreglar entre las partes la naturaleza y las condiciones del servicio que debía establecerse; y acerca de esto, estipulando una suma (objeto respecto del cual la estipulación era completamente válida) para el caso en que se pusiese obstáculo al ejercicio de la servidumbre, se creaba el vínculo jurídico (véase un procedimiento análogo en la Institución 3. 19. § 19). Por lo demás, bajo el imperio de Justiniano, suprimida la diferencia entre el suelo itálico y el provincial, no existió ya este interés en igual grado. La cláusula penal sólo intervino como una especie de sanción.

Además, hay textos que nos presentan servidumbres debidas en virtud de una simple convención, cuando esta convención forma una venta, como, por ejemplo, cuando os compro en beneficio de mi casa una servidumbre de pasaje ó de arrojar aguas. Pero muchos jurisconsultos aconsejaban que se exigiese en este caso del que vendía la servidumbre una satisfacción que no pusiese obstáculo á su ejercicio. En este caso, como en el anterior, la venta obliga, pero no establece derecho real; la satisfacción que los jurisconsultos aconsejan se exija al que vende es una garantía para asegurarse de que llenará su obligación; es decir, que sufrirá el ejercicio de la servidumbre, que la establecerá como derecho real, como desmembración de su propiedad (1).

(1) D. 8. 1. 20. f. Javol.—8. 5. 16. f. Julian.—19. 1. 3. § 2. Pomp.

En fin, se hallan tambien los pactos para el establecimiento de las servidumbres en los casos principales que siguen: si siendo yo propietario de dos cosas inmuebles os doy la una en propiedad por cualquiera causa, podemos convenir insertar en la tradicion esta cláusula, este pacto; que el inmueble que os ha sido dado deberá *tal* servidumbre al que yo retengo en mi poder, ó recíprocamente, que este último deberá *tal* servidumbre al que os entrego (1). En el primer caso hay reserva de la servidumbre en beneficio mio (*servitutem excipere, recipere*); en el segundo os ha sido dada la servidumbre. Aquí, á lo ménos en la época de Justiniano, época en la cual la mancipacion no era ya necesaria en ningun caso, existia la servidumbre, y se establecia como derecho real por efecto de la tradicion, porque la misma propiedad ha sido transferida con aquella desmembracion ó este aumento. — Habríamos podido poner el uno ó el otro de estos pactos en el contrato de venta; pero la servidumbre no hubiese entónces existido; y aún si se hubiese hecho la tradicion sin renovacion del pacto, aquella parte á quien fuese adherida la servidumbre sólo habria tenido la accion *venditi, empti*, ó la *condictio incerti*, para exigir el establecimiento de aquélla (2).

Testamento. Las servidumbres podian establecerse por testamento, ya, como dice el texto, condenando al heredero á sufrirlas, ya legando directamente la servidumbre al vecino (3). En tiempo de Justiniano no hubo ya diferencia entre estos dos modos; uno y otro establecen la servidumbre como derecho real. Si el legado transfiere la propiedad, transfiere tambien las fracciones ó desmembraciones de ella. En sentido inverso habia un medio de reservar sobre un fundo legado ciertas servidumbres en beneficio de otros fundos hereditarios (4).

¿Podian las servidumbres adquirirse por el uso? La *usucapion* civil parece que en los primitivos tiempos habia sido aplicada, no sabemos cómo, á las servidumbres, habiendo sido despues suprimida por una ley *Scribonia*, cuya existencia dudan algunos

(1) D. 8. 2. 34. f. Julian.—8. 4. 3. f. Gayo.—Ib. f. 6. Ulp.

(2) D. 8. 2. 35. f. Marcian.

(3) D. 33. 3. *De servitute legata*.

(4) D. 7. 1. 19. f. Pomp., cuya inteligencia es muy difícil (se refiere al legado hecho *per vindicationem*), porque en tiempo de este jurisculto, si se hubiese tratado un legado *per damnationem*, que no transferia la propiedad, la reserva de la servidumbre hubiese sido muy fácil; el heredero sólo hubiera tenido que hacerla mancipando el inmueble al legatario.

autores, y otros refieren al año de 720 bajo el triunvirato de Antonio, Octavio y Lépido (1). De cualquier modo que sea, todos los juriscultos posteriores nos repiten á menudo que las servidumbres, tanto urbanas cuanto rurales, no son en manera alguna capaces de *usucapion* (2) (*usucapionem non recipiunt*). Pero los pretores y presidentes intervinieron, y en ciertos casos dieron acciones útiles, interdictos (*utilem actionem, interdictum*), para proteger los derechos de los que disfrutaban desde mucho tiempo ántes ciertas servidumbres, y las constituciones imperiales confirmaron esta jurisdiccion. En este caso se presenta la importancia que hemos señalado en la distincion de las servidumbres rurales y urbanas. Estas últimas, como el *jus immittendi, oneris ferendi, stillicidii, luminum*, etc. (*quæ in superficie consistunt*), ofrecen un carácter continuo, y son en lo general las que se pueden adquirir por un largo uso: «*Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur*» (3); mientras que no sucede lo mismo con las servidumbres rurales (*in solo*). Se encuentran, sin embargo, en el código de Teodosio, en el Digesto, y en el código de Justiniano muchos pasajes que prueban que se habia tenido un particular esmero en confirmar los derechos de sacar agua, establecido por un largo uso (4). Algunos fragmentos dicen tambien que el pretor concedia el interdicto de *itinere actuque privato* para los derechos de pasaje, en que hubiese una larga posesion (5). Ningun texto exige, por otra parte, que la posesion se funde en justa causa; pues basta que no sea ni violenta, ni clandestina, ni precaria (*nec vi, nec clam, nec precario*). Nada hay tampoco que pruebe hallarse fijado el tiempo de la posesion, lo que debia depender de la apreciacion de las circunstancias y de la naturaleza de las servidumbres; todos los textos que hemos citado se valen de las expresiones *longa consuetudo, longi temporis, consuetudo, longa quasi-possessio, usus, vetustas*; una ley, relativa al acueducto, habla de un uso *cujus origo memoriam excessit*.—Es una cuestion controvertida la de saber si este tiempo fué ántes de Justiniano, ó por él fija-

(1) *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituabat* (D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.) No se conoce otro pasaje relativo á esta ley.

(2) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—41. 1. 43. f. Gayo.—41. 3. 10. § f. Ulp.

(3) Dig. 8. 2. 20. f. Paul.—C. 3. 34. 1. Anton.

(4) Cod. Teod. 15. 2. 6. Arcad. Honor.—D. 8. 5. 10. f. Ulp.—39. 3. 26. f. Scævola.—13. 20. 3. § 4. f. Pomp.—39. 3. 1. § 23. f. Ulp.—Cod. 3. 34. 2. const. Ant.

(5) D. 8. 6. 25. Paul.—43. 19. 5. § 3.

do en diez años contra presentes y veinte contra ausentes; lo mismo que para la prescripción de las cosas inmuebles (1). Si se admite que la prescripción por diez ó veinte años de uso se haya extendido de esta manera y la adquisición de las servidumbres prediales, á ejemplo de la de las cosas inmuebles, ya por Antonino (sobre la fe de la constitucion 2 del código, lib. 3, tít. 34), ya al ménos por Justiniano (si hemos de dar crédito á la constitucion 12 del código, lib. 7, tít. 33), es preciso decir que en este caso deben hallarse reunidas las condiciones necesarias para esta prescripción, y que entónces, además del uso y la buena fe, se necesita que esta buena fe se halle apoyada en una justa causa de adquisición (2).

En fin, la *adjudicacion* es tambien un medio de constituir las servidumbres. Se verifica cuando en la accion relativa á la particion de una herencia (*familie eriscundæ*), ó de una cosa comun (*communi dividundo*), el juez, adjudicando á cada uno su parte, establece una servidumbre sobre un fundo, ó parte de un fundo, en beneficio de otro (3). La adjudicacion, que transfiere la propiedad, transfiere tambien las fracciones de ésta, y establece la servidumbre como derecho real.

Por último, en tiempo de Justiniano los pactos insertos en la tradicion de uno de los fundos, el *legado*, sin ninguna distincion de forma, el *largo uso* y la *adjudicacion*, establecian las servidumbres como derechos reales. Y véase cómo las servidumbres, tanto negativas cuanto positivas, podian existir inmediatamente ántes de todo ejercicio y sin ninguna cuasi-tradicion. En cuanto á los pactos y estipulaciones, y en general los contratos, es el único punto acerca del cual puede originarse alguna duda. Se dice, segun una opinion, que el simple pacto, áun independientemente de toda forma, de toda estipulacion y de toda cuasi-tradicion, establecia inmediatamente un derecho real de servidumbre, de la misma manera que establecia un derecho real de hipoteca. Adoptamos la opinion contraria, y creemos, áun bajo la legislacion de Justiniano, que siendo las servidumbres, tanto personales cuanto pre-

(1) La afirmativa se funda en una constitucion atribuida á Antonino (Cod. Just. 3. 34. 2.), y en otra de Justiniano (Cod. 7. 33. 12, *in fin.*). La primera, sobre todo, puede tener alguna autoridad.

(2) «*Ut bono initio possessionem tenentis*», dice la constitucion 12 de Justiniano.—Véase en adelante, tít. VI, § 10.

(3) D. 10. 2. 22. § 3.—10. 3. 7. § 1 f. Ulp.

diales, fracciones ó desmembraciones de la propiedad, deben someterse en su adquisicion á las mismas reglas que la misma propiedad. El contrato da origen á una obligacion; pero para que exista el derecho real de servidumbre es necesaria la cuasi-tradicion; hasta que ésta no se haya verificado, se debe la servidumbre, pero no existe (1).

(1) Las servidumbres personales ó prediales ¿se adquieren como la propiedad de que eran fracciones ó desmembraciones? ¿Bastaba la convencion de las partes para establecerla? La controversia acerca de esta cuestion ha sido muy animada, sobre todo en Alemania. El antiguo derecho comunica gran luz á la discusion; es preciso examinarlo: de este exámen resulta la consecuencia: 1.º, que bajo los principios del antiguo derecho no es posible ninguna duda fundada; la convencion no puede establecer un derecho real de servidumbre; 2.º, que la cuestion deberia, pues, fijarse únicamente despues de la desaparicion del verdadero derecho civil, principalmente bajo la legislacion de Justiniano.

Ocupémosnos primero del antiguo derecho civil; y distingamos con cuidado el suelo itálico admitido á la participacion de este derecho, y el suelo provincial excluido de ella.

El suelo itálico era capaz de un verdadero dominio (*Dominium ex jure Quiritium*), y por consiguiente, de verdaderas servidumbres, ya personales ya prediales, pues las servidumbres no son más que fracciones ó desmembraciones del dominio.

Esto supuesto, encontramos en uno de los fragmentos del Vaticano, relativo al usufructo, una regla general que domina toda la materia, cual es que el usufructo, y por consiguiente las servidumbres en general, no pueden establecerse, áun respecto de las cosas que no son *mancipii*, de otro modo que por un medio de derecho civil: *In re nec mancipii per traditionem deduci usufructus non potest: nec in homine si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione que juris gentium* (Vaticana Juris Rom. Fragmenta § 47; Thémis, t. 5, p. 14; y BLONDEAU, *Jus antejustinianicum*, p. 337). Así respecto de las cosas *nec mancipii*, podia transferirse el dominio romano por un medio del derecho de gentes, la tradicion; pero respecto de las fracciones de este dominio, de las servidumbres tanto prediales cuanto personales, queda la legislacion civil más rigurosa: será preciso un modo civil de adquisicion. La tradicion, y con mayor motivo la cuasi-tradicion, serán impotentes. Ni el simple pacto, ni la convencion, ni áun los contratos bastaban para establecerlas como derechos reales.

Pero examinemos los medios civiles de adquirir el dominio; eran: la mancipacion, la cesion *in jure*, la usucapion, la adjudicacion y la ley.

La *mancipacion* se aplicaba á las servidumbres rurales, que eran *res mancipii*. (Gay. 2. §§ 17 y 29). Pues á ménos de trastornar todas las ideas sobre la materia no se adquiririan por la sola convencion.

La cesion *in jure* reemplazaba á la mancipacion en las servidumbres urbanas y en el usufructo, que no podian manciparse. La lectura de los juriscultos demuestra á cada momento que era el medio empleado para enajenar voluntariamente entre vivos aquellas desmembraciones de la propiedad. (Gay. 2. §§ 29 y 30). Véase un pasaje decisivo de los fragmentos del Vaticano: «*Tametsi usufructus fundi mancipii non sit, tamen sine tutoris auctoritate alienari cum mulier non potest, cum aliter quam in jure cedendo it facere non possit.... idemque est in servitutibus prediorum urbanorum.*» (Vaticana jur. rom. Fragmenta, § 45.) Pues no se adquiririan por la sola convencion.

La *usucapion* civil, al ménos desde la ley *Scribonia*, no tenia lugar en esta materia (D. 41. 3. 4. § 29. f. Paul.)

La *adjudicacion* se aplicaba á las servidumbres tanto prediales cuanto personales (Vatican. Fragmenta, § 47.)

En fin, les era igualmente aplicable la ley. Y volvemos á hallar aquí las diferencias entre los legados que transfieren un derecho real (*per vindicationem*) y los que sólo obligan al heredero (*per damnationem*). «*Ususfructus*, dice Paulo (Sen. 3. 6. § 17), *legari potest; et aut ipso jure constituetur, aut per heredem prestabitur. Ex causa quidem damnationis, per heredem prestabitur; ipso autem jure per vindicationem.*» Véase en materia de legados la diferencia que existe entre la servidumbre debida y la servidumbre adquirida, bien establecida.

Los medios de adquirir eran, pues, por regla general, los mismos para el dominio que para las

Obsérvese, sin embargo, que esta opinion extendida á las servidumbres negativas, que consisten en no hacer, ocasionaba que su establecimiento fuese imposible por efecto de convenciones, pues respecto de ellas no puede absolutamente haber ninguna cuasi-posesion, ni cuasi-tradicion. La dificultad no existia bajo el antiguo derecho civil, porque la cesion *in jure* ofrecia el medio de estable-

servidumbres, aunque con mayor rigor, pues la tradicion, medio del derecho de gentes, bastaba para dar el dominio de las cosas *nec mancipii*, y nunca para las servidumbres.

En cuanto á estas títimas, habia ademas esta circunstancia: que se podia en la cesion *in jure*, ó en la mancipacion de un objeto, reservar sobre éste, ya el usufructo, ya una servidumbre, *usufructum deducere, detrahere, servitutem excipere*; y por esta reserva se hallaban constituidos el usufructo ó la servidumbre (Vat. Frag. § 47.—Gay 2 § 33.)

Pero si la reserva sólo se hubiese puesto en el acto de la venta y no en la cesion *in jure* ó en la mancipacion, no habria sido adquirida la servidumbre. Sólo habria habido la accion *venditi*, ó la *condictio incerti* para hacérsela dar (D. 8. 2. 35. f. Marcian.).

Y aun puesta la reserva en la simple tradicion de las cosas *nec mancipii*, no habria bastado para establecer la servidumbre, aunque esa tradicion hubiese transferido el dominio de la cosa. Á este caso se refiere el fragmento del Vaticano, que hemos inserto más arriba. Éste, segun ya deciamos en nuestra edicion de 1828, es muy notable.

Segun esto, se ve que no sólo no bastaba la convencion para restablecer la servidumbre; sino que ni aun la misma cuasi-tradicion habria producido este resultado; era absolutamente preciso un modo civil de adquisicion. Asi esta diferencia, que tanto embaraza á los comentadores, entre las servidumbres positivas que son susceptibles de cuasi-tradicion, y las servidumbres negativas que no lo son, no tenia aqui ninguna influencia, porque los medios civiles de adquirir la mancipacion, la cesion *in jure*, la adjudicacion, el legado y la reserva en la mancipacion, no exigen para producir su efecto ninguna tradicion ni cuasi-tradicion de la servidumbre.

Tales eran las reglas en Italia y respecto de los objetos que participaban del derecho itálico.

En cuanto al suelo provincial, colocado fuera del derecho civil, y no siendo susceptible de dominio, tampoco lo era de sus diversas desmembraciones. Asi, segun el derecho estricto, no podian ya existir verdaderas servidumbres sobre fundos provinciales, porque no existia verdadera propiedad. Pero como el principio, por decirlo asi, abstracto, de que la propiedad del suelo provincial corresponde al pueblo ó á César, tiene por principal objeto la obligacion de los tributos; que, por lo demas, en realidad, sin ser propiedad, las posesiones provinciales eran protegidas de un modo casi equivalente por las instituciones pretorianas, del mismo modo las servidumbres, sin existir en aquél en todo rigor, *jure civili*, fueron introducidas y protegidas *jure pretorio*, ya por medio de interdictos útiles posesorios (*interdicta veluti possessoria*) (Dig. 8. 1. 20. fr. Javol.—*Interdictum utile*. Vatican. Frag. §§ 90 y 91), ya por medio de la accion publiciana (Dig. 6. 2. 11. § 1. f. Ulp.).

Esto supuesto, la adjudicacion y legado, admitidos en las provincias, obraron en éstas respecto de las servidumbres como obran respecto de la propiedad.

Pero ¿cómo se la constituirá voluntariamente entre vivos, pues los fundos no son allí susceptibles, ni de mancipacion, ni de cesion *in jure*, y cuando las servidumbres, segun el derecho riguroso, no pueden recibir cuasi-tradicion, ni ser deducidas en una tradicion? Es preciso, dice á este propósito Gayo, recurrir á pactos y estipulaciones (Gay. 2. § 31), y en efecto, aqui no hay otro medio de conseguir el objeto.

¿Cuál era el efecto de estos pactos y estipulaciones usados en las provincias? ¿Establecerian por si mismos las servidumbres, ó bien se recurría para suplir el rigor del derecho, que no suministraba ningun medio de constituir las voluntariamente entre vivos, casi como se recurre á las estipulaciones en el caso de los legatarios y fideicomisarios, que se encargan de una parte de las deudas hereditarias (Gay. 2. 254), y como lo indica Africano, especialmente para el caso en que sin duda ninguna es imposible que exista una verdadera servidumbre (D. 8. 3. 33. § 1. f. Afric.), sin alterar por esto la naturaleza de las estipulaciones y servidumbres, sin deducir un derecho real de un contrato? Tal es la cuestion.

Obsérvese que sólo en el punto adonde hemos llegado puede principiarse á describirse alguna duda; es decir, fuera del derecho civil, sólo en el suelo provincial, y respecto de las servidumbres

cerlas como derechos reales. Pero en tiempo de Justiniano, cuando fué suprimida esta cesion, existia la imposibilidad. Esto es lo que ha decidido á muchos comentadores, aun de los que juzgan la cuasi-tradicion indispensable para las demas servidumbres, á admitir que no es necesaria para las servidumbres negativas, y que la simple convencion basta para establecer éstas, como derecho real.—Esta

que sólo deben su existencia á la proteccion pretoriana. Aun en esta situacion mi opinion es que el pacto y la estipulacion no establecen la servidumbre, porque, ¿cómo la ha de proteger el pretor? Por interdictos útiles posesorios, por la accion publiciana, es decir, por instituciones que suponen todas que hay posesion ó cuasi-posesion. Asi la servidumbre no se establecerá por el pacto, que es una convencion no obligatoria, y que se aplica aqui á una cosa que en derecho estricto no puede existir; pero que aquel con quien se haya convenido su establecimiento se obligará por estipulacion, por cláusula penal, ó aun por satisfacion, á no poner obstáculo á su ejercicio. Tal es el ejemplo de Teófilo (Inst. Par. hoc §); tal es el de Pomponio: «*Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emerit, vacuus possessionis traditio nulla est. Itaque cavere debes, per te non fieri quominus utatur*» (19. 1. 3. § 2.) Esto es lo que dice tambien Javoleno, pero este jurisconsulto añade: «*Ego puto usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*» (Dig. 8. 1. 20.) Lo que nos da con claridad á conocer la última interpretacion benévola de la jurisprudencia y del derecho pretoriano. Segun el derecho estricto, las servidumbres en suelo provincial no podian establecerse voluntariamente entre vivos, pues la *mancipacion* y la *in jure cessio* no eran allí admitidas: se constituian por pactos y estipulaciones sólo en el sentido de que el que las prometia se obligaba á no poner obstáculo á su ejercicio. Pero por una interpretacion ménos rigurosa se admitia la cuasi-tradicion, como dando el derecho real, al ménos en cuanto podia existir en provincia, es decir, por medio de interdictos útiles y de la publiciana. Á esto es preciso referir una constitucion de Alejandro concebida en los términos siguientes: «*Et in provinciali prædio constitui... servitutes possint, si ea præserint quæ servitutes constituunt*; es decir, la cuasi-tradicion; *tueri enim placita inter contrahentes debent*» (Cod. 3. 34. 3.); constitucion acerca de la cual se han buscado, y Cujacio ha dado explicaciones tan poco naturales. En cuanto á las servidumbres negativas, no siendo susceptibles de cuasi-tradicion, permanece en el rigor del derecho. Podian, sin embargo, existir como derechos reales por consecuencia de la adjudicacion y del legado.

No estaré distante de creer, ademas, que estas disposiciones del derecho pretoriano, que por medio de los interdictos *veluti possessoria* y de la publiciana protegian las servidumbres del suelo provincial, habian sido igualmente aplicadas al suelo itálico respecto de las servidumbres constituidas en aquel suelo, por la simple cuasi-tradicion, ó por la retencion en una tradicion; existiendo entónces la servidumbre no por derecho civil, sino por la proteccion pretoriana, como en los fundos estipendiarios (*officio prætoris; tuitione prætoris*, dicen los textos. Véase Dig. 8. 3. 1. § 2. f. Ulp.—Vatican. frag. § 61.)

En tiempo de Justiniano la *usucapion*, la *adjudicacion* y el *legado* quedaron más ó ménos modificados como medios de adquirir: la *mancipatio* y la *in jure cessio* desaparecieron completamente. Lo que era en otro tiempo el derecho de las provincias, llegó á ser en cierto modo y bajo muchas relaciones el derecho general. Se sigue de aqui que la duda y las decisiones relativas al establecimiento de las servidumbres en las provincias se reproducen en la legislacion de Justiniano. Asi los pactos y las estipulaciones son los únicos medios de establecerlas voluntariamente entre vivos. La cuasi-tradicion, para las que de ellas son susceptibles, da el derecho real. Ademas, habiendo en todas partes reemplazado la mancipacion á la tradicion, pueden las servidumbres ser deducidas de éstas, como en otro tiempo lo eran de la mancipacion.

Yo no encuentro autoridad bastante segura para esta discusion en los innumerables textos del Digesto y del Código, porque necesariamente han debido ser mutilados por consecuencia de los cambios introducidos en los modos de adquisicion. Sin embargo, véanse los principales en pro de la opinion que yo adopto: Dig. 44. 7. 3. f. Paul.—11. 1. 3. § 2. f. Pomp. y 8. 1. 20. f. Javol.—8. 6. 18. y 19. f. Marcian.—Y sobre todo D. 7. 1. 27. § 4. f. Ulp.—8. 1. 11. f. Modest.—15. 1. 136. § 1. f. Paul., donde se ve que una servidumbre estipulada no existe todavia como derecho real.—Reconozco que

decision, aunque parezca dictada por la fuerza de las cosas, no la creemos conforme á los principios de derecho romano.

Las servidumbres se extinguen :

1.º Por la pérdida ó destruccion de uno de los fundos, dominante ó sirviente; como, por ejemplo, si el edificio se arruina ó el terreno es inundado. Si el edificio se construye de nuevo, una interpetracion equitativa renueva las servidumbres (1).

2.º Por la confusion, si la misma persona se hace enteramente propietaria de los dos fundos (2).

3.º Por la aquiescencia, cuando el dueño del fundo dominante permite al del fundo sirviente hacer algo que impida el ejercicio de la servidumbre (3).

4.º Por el no uso, que al cabo de dos años era, segun el derecho civil, un modo de extincion para todas las servidumbres rurales ó urbanas. Sin embargo, aquí se presentaba de nuevo la importancia de la distincion establecida entre estas servidumbres. Respecto de las primeras, es decir, las servidumbres rurales, habia extincion por el no uso cuando habia transcurrido el tiempo fijado sin que el propietario ni el arrendatario ni nadie hubiese usado de la servidumbre en utilidad del fundo (4). Respecto de las segundas, esto es, las servidumbres urbanas, era ademas preciso que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido su libertad (*libertatem usucapere*); es decir, que hubiese hecho algun acto contrario á la servidumbre; por ejemplo, que hubiese construido más alto, tapado las luces, desviado las canales, quitado las vigas, cerrado

no se puede con seguridad argumentar acerca de las leyes, Dig. 3. 2. 35. f. Marc.—6. 2. 11. § 1. f. Ulp., relativas á la publiciana.

Por la opinion contraria : Dig. 43. 14. 3. §§ 13 y 14. f. Ulp., ley que no concluye nada, pues hay muchos casos en que las servidumbres existen de derecho sin ninguna casi-tradiccion.—D. 7. 1. 25. § 7. f. Ulp.; Cod. 3. 33. 4, donde se trata siempre de la misma expresion *pactionibus constituntur servitutes*.—En fin, la ley Cód. 3. 34. 14, en la que se hablaba probablemente de un pacto inserto como ley, de la mancipacion de una servidumbre rural.—Por lo demas, si se adopta esta última opinion, que tiene á su favor buenas razones y autoridades respetables, es preciso no restringirla; es preciso decir que el simple pacto, sin ninguna estipulacion, puede establecer un derecho de servidumbre, como establecia un derecho de hipoteca.

(1) D. 8. 3. 13. princ.—8. 6. 14. f. Javol.—8. 2. 20. § f. Paul.

(2) D. 8. 6. 1. f. Gayo.—8. 2. 30. f. Paul.

(3) D. 8. 1. 14. § 1. f. Ulp.—8. 4. 17. f. Papin.—8. 6. 8. f. Paul.—La cesion *in jure* hecha al propietario del fundo sirviente debia, en la época en que todavia existia, servir para extinguir las servidumbres, sin que fuese preciso hacer nada contrario á su ejercicio. Por lo que toca al pacto, á la sola convencion por cuyo medio se entregaba la servidumbre, creo que sólo producía una excepcion. Pero desde aquel momento el propietario del fundo sirviente podia oponerse á la servidumbre, y si el del fundo dominante lo habia vindicado, éste habria hecho desechar su accion por la excepcion de pacto.

(4) D. 8. 6. Leyes 5. 6. 20 hasta 25.

la abertura en que éstas se apoyaban, etc. (1). Esta diferencia consiste siempre en que las servidumbres urbanas son continuas, y las servidumbres rurales, en su mayor parte, discontinuas.—Si se habia hecho algo que no permitia la servidumbre, por ejemplo, si se habia tomado agua de dia ó á ciertas horas, debiendo tomarse de noche ó á determinadas horas, ó bien si se habia tomado otra agua, se perdía enteramente la servidumbre al cabo de dos años de este uso irregular, sin haber adquirido nada en compensacion; porque realmente no se habia usado de su servidumbre, y aquella de que se habia usado sin tener ningun derecho, no habia sido adquirida, pues la usucapion de los años no se aplicaba á las servidumbres (2).—Si el no uso procedia de una fuerza mayor, la servidumbre, rigurosamente hablando, no por esto se extinguía ménos, pero podia uno hacerse restituir por medio del pretor (3). Tal era tambien el derecho expuesto en las Pandectas de Justiniano; no obstante, diferentes constituciones de este Emperador, publicadas algunos años ántes (en 530 y en 531 :— el Digesto y las Institutas son del año 533), habian ya introducido notables modificaciones en la pérdida de las servidumbres por el no uso. Así, pues, en primer lugar, lo que es incontestable y está reconocido por todos, es que Justiniano sustituyó en esta materia, al trascurso de tiempo de la usucapion civil, el de la prescripcion pretoriana; de manera que las servidumbres prediales, en lugar de ser perdidas por dos años de no uso, no pudieron ya perderse sino por diez años contra presentes, y veinte contra ausentes (4). Pero un segundo punto no ménos importante y acerca del cual algunos intérpretes, especialmente los más modernos, están discordes, es que Justiniano habia establecido al mismo tiempo que las servidumbres no se extinguirían ya realmente por el no uso (*non utendo*), es decir, por el solo hecho de haber dejado de usar, sino que sería preciso ademas en todas las servidumbres, ya rurales, ya urbanas, que el propietario hubiese adquirido la libertad de ellas, haciendo algun acto contrario á su existencia. Dedúcese esta consecuencia de una constitucion relativa al usufructo, en la que dice Justiniano que

(1) D. 8. 2. 6. f. Gay.

(2) D. 8. 6. 10. § 1. f. Paul.; 17. f. Pomp.; 18. f. Paul.—39. 3. 17. pr. f. Paul. La aplicacion de esta regla á los diferentes casos no carecia de dificultades.—7. 4. 20. f. Paul.—8. 5. 9. § 1. f. Paul.

(3) D. 8. 3. 35. f. Paul.

(4) Cod. 3. 34. const. Justinian.

este derecho no se perderá ya por el no uso: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiamsi dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere*. Pero no adoptamos esta interpretacion. Creemos que no está en armonía con la naturaleza de las servidumbres rurales, pues siendo discontinuo el ejercicio de éstas, puede haber cesado del todo y desde mucho tiempo ántes, sin que haya ningun hecho contrario por parte del propietario de la herencia sirviente. Hay más: Justiniano habla expresamente, para la pérdida por el *no uso*, de la prescripcion por diez años contra presentes, ó de veinte contra ausentes (1). Luego la interpretacion que quiere darse á las expresiones de su constitucion acerca del usufructo haria casi imposible la aplicacion de esta prescripcion, y á ella sustituiria en realizar la prescripcion de treinta años, sin distincion de ausencia ni presencia: en efecto, si se quiere tomar de este modo literalmente esta expresion: *nisi talis exceptio*, etc., será forzoso decir que se necesita, no sólo que el propietario del fundo sirviente haya hecho un acto contrario á la servidumbre, sino tambien que lo haya hecho de buena fe y en virtud de un justo título, porque todo esto sería necesario si se tratase de dominio. De esta manera se toca en lo imposible, salvo en dos casos excepcionales: 1.º Aquel en que un tercero hubiese adquirido y poseido de buena fe el fundo sirviente, como franco y libre de la servidumbre. 2.º Aquel en que el propietario del fundo sirviente hubiese adquirido de buena fe la libertad de un tercero á quien creia propietario del fundo dominante: es decir, que en realidad, la verdadera prescripcion de las servidumbres por el no uso sería la de treinta años, por medio de la que quedaria extinguida la accion en vindicacion de la servidumbre, sin distincion entre ausentes ni presentes, sin necesidad de buena fe ni de causa justa de libertad; pero siempre con la diferencia que necesariamente supone la naturaleza de las cosas, entre las servidumbres urbanas, cuyo ejercicio es continuo, y las servidumbres rurales, que no tienen por lo general más que un ejercicio discontinuo (2). Éste puede ser muy bien un sistema de legislacion, y casi es el mismo que ha adoptado nuestro código civil (3); pero no es el de las constitu-

(1) «*Censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biento, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra presentes, vel viginti spatii annorum contra absentes.*» (Cod. 3. 34. 13.)

(2) Cod. 7. 39. 3.

(3) Cod. civ., arts. 706 y 707.

ciones de Justiniano, que hablan positivamente del no uso, por diez años contra presentes y veinte contra ausentes, sin decir nunca una sola palabra especial acerca de la prescripcion por treinta años. Todos estos motivos nos hacen creer con toda seguridad que la frase de Justiniano sólo se refiere al tiempo de la prescripcion, y no á las demas condiciones exigidas para la adquisicion del dominio. Pero lo que todavía es más decisivo á propósito de las servidumbres prediales, es que Justiniano dice en todas partes en sus nuevas constituciones que aquéllas se extinguirán *non utendo*. En fin, la hipótesis sentada y la solucion dada por el Emperador, en su constitucion 14, contradicen, radicalmente en nuestro concepto y sin réplica, la opinion que nos negamos á adoptar (1).

Hay ademas otros casos ménos importantes que pueden hacer cesar las servidumbres, como, por ejemplo, si están establecidas de un modo definitivo ó por personas cuyos derechos están resueltos (2).

TITULUS IV.

DE USUFRUCTU.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO (3).

Pasamos á tratar de las servidumbres personales (*servitutes personarum*), en las cuales el derecho aislado de la propiedad no lo está para aumentar el recreo ó la utilidad de un fundo, sino en ventaja especial de una persona á la que aquél pertenece. A diferencia de las servidumbres reales, las servidumbres personales se aplican á las cosas muebles lo mismo que á las inmuebles; sólo consisten en sufrir; no todas son indivisibles; así, pues, el usufructo, que consiste principalmente en la percepcion de los frutos, objetos capaces de division, puede ser adquirido ó perdido en parte, siendo así que no sucede lo mismo con el uso, que se considera indivisible (4).

(1) Cod. 3. 34. const. 13 y 14. Sin embargo, ésta es la opinion adoptada por mis compañeros, M. DUCAURROY (*Instit. nuev. expl.*, t. 1, p. 345, n. 438), y M. PELLAT (*De la propiedad y del usufructo*, p. 168).

(2) D. 8. 6. 11. § 1. f. Marcel.

(3) Véase en esta materia especial el tratado de nuestro compañero M. PELLAT, intitulado: *De la propiedad y del usufructo*. Paris, 1837, folleto 8.º

(4) D. 7. 4. 14 y 25. f. Pomp.—*Frui quidem pro parte possumus: uti pro parte non possumus.* (7. 8. 19. f. Paul.)