

corporal, puede adquirirse y ejercerse por medio de representantes, y bajo este concepto, está sometida á las reglas generales, en tanto que la naturaleza de cada servidumbre lo permite. Pero, las servidumbres prediales ofrecen una particularidad que se explica por la naturaleza propia de estos derechos, y consiste en que se ejercen por el fundo dominante, aún ignorándolo el propietario y sin que la persona que los ejerce entienda obrar para el propietario, con tal solamente que tenga la intención de ejercerlos en interés del fundo, *fundi nomine* <sup>15</sup>.

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LAS SERVIDUMBRES.

§ 136. *De la acción confesoria* †.

Se llama confesoria la acción que sirve para hacer valer y proteger un derecho de servidumbre. Este nombre viene de que la acción tiene por objeto hacer reconocer por el demandado el derecho reclamado por el demandante <sup>1</sup>. Se llama también *vindicatio* ó *petitio servitutis* porque es para las servidumbres lo que es la reivindicación (y la acción negatoria <sup>2</sup>) para el derecho de propiedad.—Así el procedimiento ha sido siempre análogo al de la reivindicación de las cosas corporales. Sometida al principio á la *sacramenti legis actio*, se libró de ella bajo el sistema formulario por medio de la *sponsio*, y acabó por admitir la demanda directa *per petitoriam formulam* <sup>3</sup>.

Para poder intentar la acción confesoria, es preciso: 1º que el demandante tenga el derecho de servidumbre que reclama <sup>4</sup>; 2º que este derecho haya sido lesionado.—El demandante debe, pues,

<sup>15</sup> Fr. 6, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. «Nam satis est fundi nomine itum esse».—Fr. 20. 21. 22. 23. 24, D., *eodem.*—Fr. 1, § 7, Fr. 3. 4. D., *de itinere* 43, 19.

† Tit. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6.—Tit. D., *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.

<sup>1</sup> Fr. 2, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5, más arriba, § 121 nota 1, Cf. á cont., nota 3.

<sup>2</sup> Cf. á cont., nota 8.

<sup>3</sup> *Sponsio*. SI IUS UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO (EUNDI AGENDI PER FUNDUM CORN.) MIHI EST, H.-S. XXV. dare spondes?—*Petitoria formula*. SI PARET Aº Aº IUS ESSE UTENDI FRUENDI FUNDO CORNELIANO (IUS ESSE TIGNA IN EO LOCO IMMISSA HABERE, IUS ESSE EUNDI AGENDI) Q. D. A. NEQUE N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> Aº Aº ARBITRATO TUO RESTITUET, QUANTI EA RES ERIT N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Aº Aº CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE.

<sup>4</sup> Cuando se trata de una servidumbre predial en la que el fundo dominante pertenece á varias personas, cada uno de los copropietarios puede intentar la acción por el todo *in solidum* y la sentencia aprovecha ó perjudica á todos en lo que toca al reconocimiento y ejercicio del derecho de servidumbre; pero los elementos personales que la *condemnatio* puede contener, solo pueden obrar naturalmente en favor de los que han sido parte en el proceso y en proporción

ante todo probar la existencia de su derecho <sup>5</sup>. Esta prueba es simple para las servidumbres personales. En materia de servidumbres prediales, se compone de dos elementos. En efecto, como las servidumbres prediales, son inherentes á la cualidad de propietario del fundo dominante no podemos probar su existencia sino despues de haber hecho constar que tenemos la propiedad de este fundo <sup>6</sup>. La acción confesoria se concede *utiliter* á los que están interesados directamente en la existencia de la servidumbre por causa de un derecho de hipoteca, de enfiteusis ó de superficie <sup>7</sup>.—Todo estado de cosas que implica un atentado contra el ejercicio del derecho de servidumbre como tal, constituye una lesión, que da origen á la acción confesoria <sup>8</sup>. En la mayor parte de los casos, la dirigiremos contra

de su interés. V., más arriba, § 69, nota 46 y Fr. 23, § 3, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 4, § 3, D., *h. t.*, 8, 5. «Si fundus cui iter debetur plurium sit, unicuique in solidum competit actio..... sed in æstimationem id, quod interest veniet, scilicet quod eius interest qui experietur. Itaque de iure quidem ipso singuli experientur, et victoria aliis proderit; æstimatio autem ad quod eius interest revocabitur...».—Fr. 6, § 4. Fr. 19, D., *eodem*.—Fr. 1, § 5, D., *de arboribus cædendis* 43, 27.—Cf. Fr. 11, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3, y á cont., nota 9.

<sup>5</sup> Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5.—L. 9, C., *de servitutibus* 4, 31 y *passim*.

<sup>6</sup> Fr. 2, § 1. Fr. 6, § 3, D., *si serv. vindic.* 8, 5.—Fr. 16, D., *de exceptionibus* 44, 1. «Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter te et me controversia est, et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi: si viam petam, exceptionem: quod præiudicium prædio non fiat, utilem tibi fore putavit: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse».

<sup>7</sup> Fr. 16, D., *de servitut.* 8, 1.—Fr. 3, § 3. Fr. 9, D., *de operis novi nuntiat.* 39, 1.—Fr. 1, § 9, D., *de superficiebus* 43, 18.—Fr. 1, § 5, D., *de remissionibus* 43, 25.—Cf. á cont., § 149, nota 10; § 152, nota 13; § 161, nota 8.—El usufructuario perturbado en el ejercicio de una servidumbre perteneciente al fundo sujeto al usufructo, no tiene la acción confesoria por virtud de esta servidumbre, pero alcanzará el mismo resultado intentando la confesoria por virtud de un usufructo. Fr. 1, pr. Fr. 5, § 1, D., *si ususfr. petatur* 7, 6. Se ha querido deducir del Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus* 43, 25, que Juliano era de otro parecer.

<sup>8</sup> Fr. 60, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 1, pr. Fr. 5, pr., § 5. 6. D., *si ususfr. pet.* 7, 6.—Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 1. Fr. 9. 10, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 1, § 4, D., *de remissionibus* 43, 21.—Los Fr. 5, § 6. D., *si ususfr. pet.* 7, 6, y Fr. 6, § 1. D., *si serv. vind.* 8, 5, han hecho decir que se daba la acción confesoria, no sólo cuando había lesión del derecho de servidumbre, sino también cuando existía tan solamente una simple contestación. Esta opinión, que es incompatible con los principios generales, proviene de que sólo se ha querido ver una lesión del derecho de servidumbre en los casos en que el demandado usurpa por sí mismo, es decir, *posee* la servidumbre, á la manera como la reivindicación que solo se concede contra el *poseedor* de la cosa reivindicada. Pero se pierde de vista que el derecho de servidumbre, así como el derecho de propiedad, pueden ser objeto de algunos atentados que no llegan hasta el punto de privarnos de la posesión, y que la acción confesoria, teniendo por objeto protejernos contra toda lesión del derecho, respecto á las servidumbres ocupa el lugar, no sólo de la reivindicación, sino también de la acción negatoria. V., por lo demás, más arriba nota 2; § 121. nota 4; § 89, notas 25-30. Se invoca además el Fr. 9, *verb. Sed si quidem* D., *h. t.* 8, 5, insistiendo sobre las palabras: *si quidem nondum ædificavit*. Pero deben traducirse estas palabras: «si no tiene todavía concluido su edificio».

el propietario de la cosa sujeta á la servidumbre<sup>9</sup>; pero, en otros casos, podrá ser intentada contra un tercero que se encuentre en las condiciones requeridas<sup>10</sup>.

La acción es arbitraria. Tiene por objeto hacer reconocer la existencia de la servidumbre<sup>11</sup>, y hacer restituir al demandante la integridad de su derecho<sup>12</sup>; lo cual implica siempre y antes que todo, la cesación de la perturbación contra el ejercicio de las facultades contenidas en dichas servidumbres<sup>13</sup>, y además eventualmente, la

<sup>9</sup> Fr. 5, § 1, D., *h. t.*, 7, 6.—Fr. 6, § 3. Fr. 10, § 1, D., *h. t.*, 8, 5.—Cuando la cosa gravada pertenece á varias personas, se puede intentar la acción contra cada una de ellas por el todo, por causa de la indivisibilidad de las servidumbres, y la sentencia obra respecto de todos, tanto en su favor como en su perjuicio. Por lo demás, esto sólo se entiende respecto á la parte de la sentencia relativa á la afirmación y ejercicio del derecho de servidumbre; las condenaciones personales que la sentencia puede contener son divisibles y tocan sólo á los individuos culpables. V., más arriba, § 69, nota 46, y Fr. 4, § 4. Fr. 19, D., *h. t.* 8, 5. Fr. 31, § 7, D., *de negotiis gestis* 3, 5. Cf. más arriba, nota 4.—Recordamos que en la acción confesoria por virtud de la *servitus oneris ferendi*, la parte de la sentencia que impone á los demandados las reparaciones necesarias al ejercicio del derecho, es indivisible. Fr. 6, § 4, D., *h. t.* 8, 5, y más arriba, § 133, nota 3.

<sup>10</sup> Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *h. t.*, 7, 6.—Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 3. 4. Fr. 9, pr. D., *h. t.* 8, 5.—Fr. 10, § 1, D., *eodem*, en el cual debe leerse NOS en lugar de NON.—No hay que decir que, si llega el caso, podemos obrar también contra una persona cotitular del derecho de servidumbre que perseguimos, principalmente contra el copropietario del fundo dominante. Cf. más arriba, § 121, nota 5, y Fr. 11, § 1, D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.

<sup>11</sup> IUS SIBI ESSE UTENDI FRUENDI, EUNDI AGENDI, ETC. Este es el objeto de la *pronuntiatio*. V., más arriba, § 50, nota 12; § 51, nota 16; § 119, notas 1, 2, y GAYO, IV, 43.—*Vaticana fragm.* 53.—§ 3, 1., *de actionibus* 4, 6.—Fr. 5, pr. D., *si ususfr. pet.* 7, 6.—Fr. 17, D., *communia prædiorum* 8, 4.—Fr. 2, pr. Fr. 4, § 7. Fr. 8, § 4. Fr. 9, pr. D., *si servitus vind.* 8, 5.—Fr. 35, D., *emti* 19, «...de iure servitutis in rem actione PRONUNTIATUM...».—Fr. 62, § 2, D., *de evictionibus* 21, 2.—Fr. 1, § 7, D., *de o. n. n.* 39, 1.—Fr. 17, § 3. Fr. 22, pr. D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.—Fr. 26, pr. D., *de exc. rei iudicatæ* 44, 2.

<sup>12</sup> V., más arriba, § 119, notas 1 sgg, y § 31, I., *de actionibus* 4, 6.—§ 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. «Et si in rem actum sit, sive contra petitozem iudicabit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus...».—Fr. 7, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. «Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res præstetur, aut cautio. RES ipsa hæc est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum præstare. CAUTIO hæc est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere. neque se, neque succesores suos prohibitueros altius tollere sublatumque habere; et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem iuraverit».

<sup>13</sup> Fr. 3, § 5. Fr. 6, § 5, D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 7, D., *eodem*, transcrito en la nota anterior.—Fr. 8, pr. § 2. 4. D., *eodem*.—Las disposiciones que deben tomarse para conseguirla cesación de la perturbación varían según las circunstancias. Así, puede mediar un decreto que mande la destrucción de las obras contrarias al ejercicio de la servidumbre, que ordene que el demandado deje hacer (y aún que haga el mismo en la *servitus oneris ferendi*) las reparaciones necesarias para el ejercicio del derecho. Fr. 4, § 5. Fr. 6, § 4. Fr. 7, 8, § 2. Fr. 18, D., *h. t.* 8, 5.—L. 5, C., *de servitutibus* 3, 34. Cf. más arriba nota 9 y § 124, nota 13.—Cuando la acción tiene por objeto hacer que se reconozca un derecho de usufruto, el juez puede ordenar que la cosa sea entregada al demandante etc., Fr. 1, pr. Fr. 5. 6, D., *h. t.*, 7, 6.—Si durante el proceso, se hubiese extin-

reparación del daño causado y caución contra toda perturbación ulterior <sup>14</sup>. Si el demandado no verifica espontáneamente la restitución en las condiciones requeridas, sufrirá una condenación igual al valor del perjuicio que la falta de restitución implique contra el demandado, cuyo valor, según las circunstancias, será estimado por el juez ó afirmado por el demandado bajo juramento, *ius iurandum in litem* <sup>15</sup>.

Nos falta decir que el demandado que no contesta la acción <sup>16</sup>, ó que niega falsamente los hechos de perturbación que se le imputan pierde en provecho del demandante la posesión del derecho que usurpa, y se encuentra desde entonces en la necesidad de tomar el papel de demandante, si quiere hacer valer este derecho <sup>17</sup>.

La acción confesoria se dá como Publiciana, ya á aquel que solamente es poseedor de buena fé de la servidumbre que reclama, ya á aquel que, teniendo el derecho de servidumbre prefiere la prueba más fácil de la Publiciana <sup>18</sup>.

### § 137. De la acción negatoria. †

Hemos visto, en el § 121, al cual nos remitimos para las nociones generales, que la acción negatoria puede intentarse siempre que

guido la servidumbre por el no uso, el demandado estará obligado á restablecerla. Fr. 5, § 5, D., *h. t.*, 7, 6.—Fr. 8, § 4, D., *h. t.*, 8, 5.

<sup>14</sup> A) § 2, I., *de officio iudicis* 4, 17. «ut rem ipsam restituat cum fructibus». —Fr. 5, § 3-6, D., *h. t.*, 7, 6.—Fr. 4, § 2. 3. Fr. 6, § 2. 6. Fr. 8, § 2, D., *h. t.*, 8, 5.—L. 5, C., *de servitutibus* 3, 34.—B) Fr. 5, § 5, 6 in f. D., *h. t.*, 7, 6.—Fr. 7, D., *h. t.*, 8, 5.—Fr. 7, D., *de aqua* 43, 20. Cf. más arriba, § 121, nota 11.

<sup>15</sup> V., más arriba, § 119, notas 6-7, y Fr. 19, § 1, D., *de usuris* 22, 1.—Fr. 7 in f. D., *h. t.*, 8, 5. «...Si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet (iudex) quanti actor in litem iuraverit». Este fragmento parece indicar el *iusiurandum in litem*, como el modo general de valuación. Con efecto, de hecho, este es el modo más frecuente, por la razón de que, en nuestra materia, la falta de restitución provendrá casi siempre de la mala voluntad, de la *contumacia* del demandado. Cf. Fr. 46, D., *de rei vind.* 6, 1, y más arriba, § 119, nota 8.

<sup>16</sup> El antiguo derecho daba contra el demandado *qui litem non defendebat* un interdicto *QUEM USUMFRUCTUM* por virtud del cual el demandante obtenía la posesión de la cosa sujeta al usufruto. En materia de servidumbres prediales, sin duda existían interdictos análogos, que llevarían otros nombres, del mismo modo que había en materias de reivindicación y petición de herencia, los interdictos *QUEM FUNDUM* y *QUAM HEREDITATEM*. V., ULPIANO, *Fragm. Vindob.*—*Vaticana fragm.* 92. 93. y más arriba, § 117, nota 23; § 118, notas 29-31.

<sup>17</sup> V., más arriba, § 118, nota 29; § 121, nota 13, y Fr. 15, D., *de operis novi nunt.* 39, 1. «...Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse habeat: id enim esse petitoris partes sustinere».—Cf. Fr. 45, D., *de damno infecto* 39, 2, y Fr. 18, D., *si serv. vind.* 8, 5.

<sup>18</sup> Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem. act.* 6, 2.—Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—Fr. 1, § 2, *de S. P. R.* 8, 3.—En el derecho antiguo, la acción Publiciana tenía una aplicación mucho más extensa. V., á cont., § 139, notas 7-10.

† Titt. D., *si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6; *si ser-*

ninguno lesiona nuestro derecho de propiedad de una manera que no baste para darnos la reivindicación. Tendrá, pues, lugar particularmente cuando alguno ejerce indebidamente sobre nuestra propiedad actos comprendidos en un derecho de servidumbre <sup>1</sup>.

La acción negatoria compete al propietario; se dá *utiliter* al enfiteuta, al superficiario y al acreedor hipotecario <sup>2</sup>. El demandante debe probar su derecho de propiedad ó la existencia del derecho real que le autoriza para obrar. Hay una grande controversia sobre la cuestión de saber si debe además, probar la no existencia de la servidumbre que el demandado quiere usucapir. Se sostiene la afirmativa de una manera más ó ménos rigurosa por parte de muchos jurisconsultos, y el nombre mismo de la acción parece favorecer esta opinión <sup>3</sup>. Es, no obstante, incompatible con los principios generales sobre el derecho de propiedad. Con efecto, este derecho es absoluto y exclusivo, y aquel que ha probado su propiedad ha probado por lo mismo la existencia de todos los poderes ó facultades contenidas en este derecho, hasta que otro pruebe que estos han sido limitados ó restringidos de una manera cualquiera <sup>4</sup>. Es preciso, pues, sostener que el demandante ha cumplido la obligación de la prueba, desde el momento en que ha establecido su propiedad. Si el demandado pretende tener un derecho de servidumbre, toca á él probar su existencia, y no hay ninguna razón para abandonar esta regla en el caso en que el demandado se encontrase teniendo la cuasi posesión de la servidumbre <sup>5</sup>.—En cuanto á las condiciones

*vitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.—El procedimiento de la acción negatoria ha seguido la misma marcha que el de la acción confesoria. V., más arriba, § 136, nota 3.

<sup>1</sup> V., más arriba, § 121, notas 3 y 4. Cf. § 2, I., de *actionibus* 4, 6.—Fr. 5, pr. D., h. t. 7, 6.—Fr. 4, § 7, D., h. t., 8, 5. «*Competit autem de servitute actio domino ædificii neganti servitutum se vicino deberi.....*»—Fr. 9, pr. Fr. 14. pr. D., *eodem*.

<sup>2</sup> A) Propietario único ó *pro parte*. V., á cont., nota 7, y más arriba § 121, nota 5.—B) Arg. los textos citados más arriba, § 136, nota 7. V., por lo demás, á cont., §§ 143, A; 152 y 161, notas 8-10.

<sup>3</sup> Fr. 2, pr. D., h. t. 8, 5. «(Competit actio) negatoria domino qui negat».—§ 2, I., de *actionibus*. «Si quis intendat ius non esse adversario, utendi fruendi, eundi, agendi».

<sup>4</sup> V., más arriba, §§ 67. 95, n.º 2. y § 124, nota 8.

<sup>5</sup> Arg. L. 10, C., de *pignoratitia actione* 4, 24. «.... Vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti...», y más arriba, § 120, nota 8. Lo que aquí se dice del poseedor que pretende tener la cosa en virtud de un derecho de prenda, igualmente se aplica al que posee un derecho de servidumbre. El Fr. 5, pr. D., h. t. 7, 6, contiene igualmente dos proposiciones que apoyan nuestra tesis; pero hay que confesar que no son decisivas.—Para la opinión contraria, se citan varios textos, particularmente Fr. 8, 14, D., de *probationibus* 22, 3, y Fr. 7, § 5, D., de *liberali causa* 40, 12: pero veremos á cont., t. III, §§ 326. 334, que es sin razón y que aún el Fr. 8, D., citado, bien interpretado, es favorable á nuestra opinión. El Fr. 15, D., de *operis novi nuntiatione* 39, 1, pertenece á un orden

que la lesión debe reunir para dar lugar á la acción negatoria, nos remitimos á lo que hemos dicho al tratar del derecho de propiedad <sup>6</sup>.

El objeto de la acción negatoria es hacer que se reconozca que tenemos el derecho de propiedad libre de la servidumbre usucapida, y por consiguiente de hacernos obtener la restitución de la integridad de nuestro derecho <sup>7</sup>.—Recordemos que el demandado que no contesta la acción ó que niega falsamente la usurpación de la servidumbre que se le impute, pierde la posesión y se encuentra reducido á tomar el papel de demandante <sup>8</sup>.

Aunque las leyes no hablan de esto, nada parece oponerse á que se aplique á la acción negatoria el principio de la acción Publiciana.

### § 138. De la acciones posesorias.

Hemos visto más arriba que el principio de la posesión se ha extendido á las servidumbres con el nombre de *iuris* ó *quasi possessio*. En virtud de esta extensión se han aplicado igualmente los interdic-

de ideas completamente diferente. V., á cont., nota 8. y más arriba, § 136, nota 17. El Fr. 8, § 3, D., *si serv. vindicetur* 8, 5, parece á primera vista más favorable á los que obligan al demandante á probar la libertad del fundo, siempre que se encuentre el demandado en posesión de la servidumbre. ULPIANO dice: «Si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat». Es indísputable que las palabras *possessoris* ó *petitoris partes sustinere* pueden tener el significado de: «estar obligado ó no estar obligado á probar la existencia ó no existencia del derecho de servidumbre,» y que desde luego puede invocarse este texto contra la opinión que sostenemos. Pero también podemos tomar nosotros estas palabras en su sentido primitivo. *Possessoris partes sustinere* significaría entonces *tener la posesión*, es decir, poder rechazar toda usucapición y no tener la necesidad de acudir á una acción *petitoria* para ejercer su derecho. Esta interpretación, que parece tanto más admisible cuanto que en el Fr. 6, § 1, D., *eodem* tomado de la misma obra, ULPIANO, se sirve exactamente de los mismos términos para examinar la cuestión de saber á quien competen los interdictos posesorios. (Cf. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1), merece por cierto, ser preferida á una interpretación que implica la violación de un principio fundamental en materia de pruebas.

<sup>6</sup> V., más arriba, § 121, nota 4.

<sup>7</sup> V., más arriba, § 121, notas 8-12.—Aquí tenemos que recordar lo que hemos dicho en el párrafo anterior, notas 4 y 9 relativo á las consecuencias que la indivisibilidad de las servidumbres produce en las acciones que se refieren á esta categoría de derechos. Si el fundo, objeto de la usurpación de una servidumbre, pertenece á varias personas (más arriba, nota 2, A), cada *codominus* tiene derecho de intentar la acción negatoria *in solidum*, como de otra parte, si el fundo en favor del cual se hace la usurpación pertenece á varios, puede la acción intentarse contra cada una de ellas *in solidum*; y en ambas hipótesis, la sentencia obrará en favor ó perjuicio de todos por lo que toca á la declaración del derecho (pero no en lo que se refiere á los elementos personales de la *condemnatio*). Fr. 31, § 7, D., *de negotiis gestis* 3, 5.

<sup>8</sup> V., más arriba, § 136, notas 16, 17, y § 121, nota 13.

tos posesorios á los casos en que uno ejerce una servidumbre, hecha abstracción de la cuestión de saber si tiene el derecho de ejercerla. No obstante, en virtud de las dificultades que la materia presenta y cuyas dificultades se han indicado ya en el § 135, esta aplicación no ha podido hacerse de una manera general y absoluta <sup>1</sup>.

Los interdictos posesorios han sido aplicados de la manera más extensa á las servidumbres personales. Esto se explica fácilmente, pues la cuasi posesión del usufructo se manifiesta de la misma manera que la posesión corporal. Por este motivo el pretor daba *utiliter* <sup>2</sup> los interdictos *Uti possidetis* y *Unde vi* para proteger la posesión del usufructo <sup>3</sup>. En el derecho nuevo, los interdictos ordinarios *retinendæ et recuperandæ possessionis* se conceden indistintamente para todas las servidumbres personales <sup>4</sup>.

El mismo motivo se encuentra en la mayor parte de las servidumbres prediales, cuyo ejercicio consiste en tener el goce de cierto estado de cosas <sup>5</sup>. El uso de estas servidumbres sólo podría, en efecto, ser perturbado por un acto que atacára igualmente la posesión material del fundo dominante, y se puede decir que la posesión de la servidumbre es inherente á la posesión del fundo, como

<sup>1</sup> Poco numerosas y precisas son las disposiciones que nuestras fuentes contienen. La cuestión es bastante simple para las servidumbres personales. (V., las tres notas que siguen.) Pero no puede ser más controvertida por lo relativo á las servidumbres prediales. Mientras que algunos autores aplican á *todas* las servidumbres los interdictos ordinarios (á cont., nota 18), otros solamente admiten interdictos particulares, de los que trataremos en la última parte del párrafo (á cont., notas 9-17). Ninguno de estos sistemas es exacto; en presencia de la penuria de las decisiones de nuestras fuentes, que poco nos permiten determinar reglas rigurosamente exactas, hemos creído que habíamos de contentarnos con una teoría probable, muy conforme con la que ha sido expuesta por DE SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, §§ 45. 46.

<sup>2</sup> Es probable que se remonte ésta reforma á los tiempos de la república; á no ser así, CICERÓN *pro Cæcina*, 32, no hubiera podido decir de Cæsennia que solamente era usufructuaria: «Cæsenniam possedis propter usumfructum non negas».

<sup>3</sup> *Vaticana fragm.* 90. «... Si. usufructu legato. legatarius fundum nactus sit, [non] competit [utile] interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum UTI POSSIDETIS utile hoc nomine proponitur [et] UNDE VI, quia non possidet. Utile... tali concipiendum est: *quod de his bonis legati nomine possides, quoque uteris fruere, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, uteris fruere, etc.*» V., también los mismos *Fragm.* 91. 93.

<sup>4</sup> No son ya calificados de *útiles*. Fr. 12, § 2. Fr. 60, pr. D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 27 in f. D., *de donat.* 39, 5.—Fr. 3, § 13-17. Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi* 43, 16.—Fr. 4, D., *uti possidetis* 43, 17.—Fr. 2. pr. § 3, D., *de precario* 43, 26.

<sup>5</sup> Exceptuando sin embargo, ciertas servidumbres *quæ non faciendo consistunt*. El vecino que levanta su casa más allá de cierta altura, puede con efecto, lesionar nuestra posesión del *ius altius non tollendi*, pero no ejerce ningún atentado contra la posesión material de nuestro fundo. Arg. Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunt.* 39, 1.

el derecho de servidumbre forma parte de la propiedad del fundo en favor del cual está constituida <sup>6</sup>. Respecto de estas servidumbres, que todas son urbanas, se puede, pues, decir que bastan los interdictos ordinarios *retinendæ possessionis* para proteger su ejercicio y es preciso admitir que tal ha sido la manera de ver de los Romanos (escepto una creación particular para el *ius cloacæ immitendæ*) <sup>7</sup>, por más que nuestras leyes no digan apenas nada sobre este particular <sup>8</sup>. Los interdictos *recuperandæ possessionis* jamás pueden em-

<sup>6</sup> En cuanto al derecho de servidumbre, este propósito se aplica á todos los *iura prædiorum* (v., más arriba, § 132. nota 2); pero en cuanto á la posesión de la servidumbre, solo es verdad para las servidumbres prediales cuyo ejercicio consista en *habendo*. Esta verdad de hecho está expresada en un texto del Digesto tomado de PAULO, Fr. 20. pr. D., de S. P. U. 8, 2. «*Servitutes quæ in superficie consistunt, possessione (scilicet fundi vel superficiæ) retinentur.*»—Si se combina esta observación con la de la nota anterior, llegamos á la conclusión de que la protección ordinaria de los interdictos *recuperandæ possessionis* se aplica solo á las servidumbres urbanas continuas y aparentes, como en el actual derecho francés.

<sup>7</sup> V., á cont., nota 16.

El único texto que claramente hace mención de un interdicto posesorio para la protección de una *servitus habendi* es el Fr. 3, § 6, D., *uti possidetis* 43, 17. «*Labeo quoque scribit: Ex ædibus meis in ædes tuas proiectum habeo; interdicis mecum. UTI EUM LOCUM POSSEDEAMUS, QUI PROIECTO TEGETUR. An quo facilius possim retinere possessionem eius projectionis, interdicto tecum sic: UTI NUNC POSSIDETIS EAS ÆDES EX QUIBUS PROIECTUS EST?*» Otro texto invocado en auxilio de nuestra tesis, el Fr. 8, § 5, D., *si servitus vind.* 8, 5 «... Sed et interdictum UTI POSSIDETIS poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti,» así puede entenderse también y casi mejor, del poseedor que quiere mantener la libertad de su fundo que de aquel que quiere *fumum immittere*.—Por causa de esta escasez de datos muchos autores modernos han negado la aplicación de los interdictos posesorios hasta á las *servitutes habendi*, fundándose, además, en el Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis* 43, 17. «*Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utriusque esse inutile, quia alter solum possidet, alter eum ædibus superficiem.*» Este texto, dicen, rehusa formalmente el interdicto *Uti possidetis* al poseedor de una *servitus proiciendi*, como rehusa también el mismo interdicto al poseedor del fundo sujeto al ejercicio de la servidumbre. Por otra parte, el mismo pasaje invocado por los partidarios de la opinión según la cual los interdictos *retinendæ possessionis*, no serían concedidos por causa de una simple lesión, sino exclusivamente en el caso en que el adversario sostiene que el mismo es el poseedor. Si estuviera fundada esta manera de ver, el texto citado sería efectivamente incompatible con la teoría de los interdictos posesorios, que hemos adoptado más arriba, § 89; y por esta razón muchos intérpretes, apoyados en la autoridad de Cuyacio, cambian la palabra *inutile* en *utile* ó *id utile*. Este cambio arbitrario nos parece no solo inútil, sino también completamente inadmisibles. Sí, en la especie, el jurisconsulto niega el interdicto *Uti possidendi* á los dos poseedores; ¿pero por qué? Por la sencilla razón de que ninguno de ellos tiene que quejarse de un *hecho* de perturbación cometido por el otro. Si quisiera mi vecino *hacer* una *proiectio* sobre mi terreno, seguramente tendría yo contra él el interdicto *Uti possidetis*; así como también lo tendría él contra mí si *hiciera* yo alguna cosa contra su *proiectio* existente. Pero *HABERE proiectionem* no constituye un *hecho* de perturbación. *Habere proiectionem* puede dar lugar á la acción negatoria, que es una *in rem actio*; pero, en su cualidad de *actio in personam*, el interdicto posesorio exige un *hecho* verificado por el demandado. Mas, ningún hecho semejante existe en la especie. ¿Cómo, pues, podría invocarse el edicto que promete el mantenimiento de la posesión tal

plearse, porque la perturbación más grave contra la servidumbre nunca podrá llegar hasta el punto de desposeernos del inmueble.

No sucede lo mismo con las servidumbres cuyo ejercicio supone un acto positivo de parte de aquel que las reclama, las cuales son todas rústicas<sup>9</sup>. Los interdictos ordinarios no tendrían ninguna utilidad, pero encontramos para los más importantes casos interdictos particulares, cuya mayor parte parece ser anterior á los interdictos creados para las servidumbres personales, pero que no son todos puramente posesorios<sup>10</sup>. 1.º El interdicto *de itinere actuque privato* se concede á aquel que ha ejercido, como perteneciéndole y de una manera no viciosa, la servidumbre de paso á lo ménos durante treinta días del año que ha precedido á la perturbación. Puede igualmente utilizarse un interdicto á fin de hacer las reparaciones necesarias para el ejercicio del derecho de paso; pero, en este caso, debe probarse la existencia de su derecho y prestar caución de todo daño<sup>11</sup>. 2.º Los interdictos *de aqua quotidiana* y *de aqua æstiva*<sup>12</sup>. Estos interdictos suponen que se ha adquirido la posesión de buena fé y en virtud de un justo título<sup>13</sup>. 3.º El interdicto *de rivis reficiendis*, á fin de poder cuidar y reparar los conductos del agua<sup>14</sup>. 4.º Los interdictos *de fonte* y *de fonte reficiendo purgando*<sup>15</sup>. 5.º Por fin, hay interdictos particulares, para poder hacer las reparaciones necesarias en una cloaca que se encuentra en terreno de otro<sup>16</sup>.—El objeto de todos estos interdictos es obtener

como existe, *uti possidetis*, con el fin de obtener un cambio, para la una ó la otra de las partes, que *alter solum possidet; alter cum ædibus superficiem?*—Esta interpretación sencilla y natural nos parece que desvanece todas las dificultades para los *interdicta retinendæ possessionis*, tanto respecto de las cosas corporales como en lo que toca á las servidumbres realmente susceptibles de posesión. También hace desaparecer la contradicción aparente entre este § 5 y el § 6 que le sigue inmediatamente, y que evidentemente admite el interdicto, para *retinere possessionem proiectionis*, como lo hemos visto al principiar esta nota.

<sup>9</sup> Todas estas servidumbres son rurales y no continuas. Cf. más arriba, nota 6 y § 132 *in fine*.

<sup>10</sup> V., á cont., notas 11 y 13.

<sup>11</sup> Tit. D., *de itinere actuque privato* 43, 19, y particularmente los Fr. 1, pr. § 2. 3. 6. 7. 8. 9. 11. 12. Fr. 2. 3, pr. § 1. 10. 11. 13. Fr. 5, § 4. Fr. 6. 7. D., *eodem*. Cf. Fr. 2, § 2. D., *de interdictis* 43, 1.

<sup>12</sup> PAULO, V, 6, 9.—Tit. D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20, y particularmente Fr. 1, pr. § 10-14. 19. 20. 23-27, 31-36. Fr. 4. 6. D., *eodem*.—Fr. 1, § 1, D., *eodem*. «Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est, et pertinet ad aquam quotidianam».—Los interdictos *de aqua* pueden ser *duplicita*, cuando las partes son *rivales*. Fr. 1, § 26, D., *eodem*. «Si inter rivales (id est, qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu, utroque suum esse contendente: duplex interdictum utrique competit.»

<sup>13</sup> Fr. 1, § 10. 19. 45. D., *de aqua* 43, 20.

<sup>14</sup> Tit. D., *de rivis* 43, 21.

<sup>15</sup> Tit. D., *de fonte* 43, 22.

<sup>16</sup> Interdictos prohibitorios y restitutorios, creaciones excepcionales, *ad publicam utilitatem spectantes*. Tit. D., *de cloacis* 43, 23.

protección en el ejercicio de la servidumbre que se posee y la condenación de los daños é intereses, si hay lugar á ello <sup>17</sup>. Fuera de los casos mencionados más arriba, la simple posesión de una servidumbre no goza de ninguna protección legal <sup>18</sup>. Pero no hay que decir que el poseedor puede usar la acción confesoria directa ó Publiciana, ó bien las acciones fundadas en las relaciones que resultan del derecho de vecindad, si su posesión reúne las condiciones particulares requeridas para poder emplear estos medios del derecho <sup>19</sup>.

COMO SE ESTABLECEN LAS SERVIDUMBRES.

§ 139. *Introducción histórica.*

El modo general de establecer una servidumbre según el derecho civil era antiguamente la *in iure cessio*, que era un simulacro de la acción confesoria, como la *in iure cessio* de una cosa corporal era una reivindicación ficticia <sup>1</sup>.—Para las servidumbres rústicas, que eran *res mancipi*, se empleaba también la *mancipatio* <sup>2</sup>.—Por fin, cuando se enajenaba la propiedad de una cosa, podía reservarse el usufructo, *per deductionem* <sup>3</sup>. No obstante, esta *deductio* sólo se admitía cuando la transferencia de la cosa se hacía por *mancipatio* ó por *in iure cessio* <sup>4</sup>.

<sup>17</sup> Fr. 3, § 17. Fr. 9, § 1, D., *de vi* 43, 16.—Fr. 1, pr. Fr. 3, § 3, 11, D., *de itinere* 43, 19.—Fr. 1, pr. § 23, D., *de aqua* 43, 20 y *passim*. V., también más arriba § 89, c, y § 136, notas 11 sgg.

<sup>18</sup> Los autores que admiten para todas las servidumbres la aplicación de los interdictos posesorios, invocan el Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, en el cual Iavoleno después de haber tratado de la posesión de las servidumbres, concluye diciendo: «Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt». Pero es evidente que esta frase quiere decir simplemente que existen interdictos cuasi posesorios, sin que de eso resulte que todas las servidumbres estén provistas de tales interdictos. La redacción del Fr. 1, § 8, D., *quod legatorum* 43, 3, que también se invoca en favor de esta opinión, no es más concluyente; se trata por lo demás de un *interdictum adipiscendæ possessionis*, es decir, de una acción que ni siquiera es posesoria. V., más arriba § 88, notas 5 sg., y á cont., t. III, § 424.

<sup>19</sup> V., más arriba, § 136 *in fine*, y á cont., t. II, § 283.

<sup>1</sup> GAYO, II, 26. 29. 30. 32 sg.—ULPIANO, XIX, 11.—*Vaticana fragm.* 45. 47 sg.—Cf. Fr. 20, § 1. Fr. 21, 27, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 10. 14, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 21, D., *si serv. vind.* 8, 5.

<sup>2</sup> GAYO, II, 29. 31.

<sup>3</sup> ¿Era posible retenerse por semejante manera una servidumbre predial? Difícil sería hallar una razón que á esto pueda oponerse; no obstante, nuestras fuentes no hablan de ello, á ménos que se suponga (lo que, en verdad, es muy verosímil) que los compiladores del Digesto han interpolado el pasaje de AFRICANO, Fr. 33, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. El Fr. 3, D., *comm. præd.* 8, 4, no es decisivo, porque está tomado de GAYO, *ad edictum provinciale*.

<sup>4</sup> GAYO, II, 30-33.—ULPIANO, XIX, 11.—*Vaticana fragm.* 47. 50. Estos últimos pasajes tomados de PAOLO contienen varias disposiciones peculiares sobre esta materia. Cf. *Vaticana fragm.* 80, combinado con el Fr. 3, § 1, D., *de usufructu accrescendo* 7, 2,

Ninguno de estos modos civiles podía servir entre extranjeros ó respecto de los fundos provinciales. En estas hipótesis se limitaban á celebrar una simple convención, á la cual se añadía generalmente una pena para el caso de contravención de la servidumbre, con el objeto de hacer constar que no era por pura tolerancia que el propietario de la cosa sujeta á la servidumbre se sometía á esta sujeción de la cosa <sup>5</sup>. Para garantizar las servidumbres así constituidas, los pretores de las provincias concedían sin duda la acción confesoria, como admitían la reivindicación para los fundos provinciales <sup>6</sup>. Protegían de una manera análoga la servidumbre establecida por uno que sólo tenía la propiedad bonitaria de la cosa sometida á la servidumbre. Por fin, daban *utiliter* la acción confesoria, cuando el arrendatario vectigal ó superficiario había concedido una servidumbre sobre el fundo que tenía en arrendamiento. En todos estos casos, á la verdad, no había *servitus iure civile constituta*; pero de hecho se obtenía el mismo resultado *tuitione prætoris* <sup>7</sup>.

El pretor, tanto en Roma como en las provincias, concedía una protección semejante, siempre que la servidumbre no había sido establecida según el derecho civil, pero que una de las partes la habrá ejercido de buena fé y la otra había tolerado su ejercicio. Esta tolerancia era considerada como una especie de tradición que transfería la cuasi-posesión de la servidumbre, la cual era protegida por el pretor de una manera análoga á la posesión material de una cosa, tanto por los interdictos como por la acción Publiciana <sup>8</sup>.

<sup>5</sup> GAYO, II, 31. « ... Alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive ius eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt. »

<sup>6</sup> V., más arriba, § 92, notas 2 y 6. Bien gratuitamente se ha sostenido que no había sido posible constituir servidumbres sobre el fundo provincial, y que los *pacta* de que habla Gayo, solo hacían nacer una simple obligación. Se alcanzará la convicción de lo contrario con seguir atentamente el desarrollo histórico de esta materia y ver la constitución de ALEJANDRO SEVERO. L. 3, C., de *servitutibus* 3, 34, la cual es sumamente explícita. Cf. GAYO, Fr. 3, D., *communis prædiorum* 8, 4.

<sup>7</sup> *Vaticana fragm.* 61 (Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4). « ... Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione prætoris: proinde licet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie, non sit iure constitutus, capitis minutione amittitur. » — Fr. 12, § 2. 3, D., de *Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 25, § 7, D., de *usufructu* 7, 1. — Fr. 1, § 6. 9, D., de *superficiebus* 43. 18. — Ha debido suceder lo mismo en una servidumbre constituida por adjudicación en un *iudicium imperio continens*. V., á cont., § 141, nota 2.

<sup>8</sup> *Vaticana fragm.* 61 (Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4) en la nota anterior. Fr. 11, § 1, D., de *Publiciana actione* 6, 2. — Fr. 25, § 7, D., de *usufructu* 7, 1. — Fr. 3, D., *si ususfr. petetur* 7, 6. — Fr. 9, § 1, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9. — Fr. 20, D., de *servitutibus* 8, 1. — Fr. 1, § 2, D., de *S. P. R.* 8, 3. — Fr. 10, pr. Fr. 16, D., *si servit. vindic.* 8, 5. — Fr. 1, § 9, D., de *superficiebus* 43, 18. — Fr. 29, D., de *usu et usufr. per legatum datis* 33, 2.

En el derecho nuevo, los antiguos modos han caído en desuso y han sido reemplazados por la simple convención, que siempre se había empleado en las provincias <sup>9</sup>. Desde entonces el uso de la acción Publiciana ha debido ser menos frecuente. No obstante, es siempre útil no solamente cuando una servidumbre ha sido establecida á favor nuestro por uno que no es propietario de la cosa sirviente; sino además cuando, por un motivo cualquiera, queremos evitar el tener que probar la propiedad de nuestro autor <sup>10</sup>.

Después de estas observaciones preliminares, examinaremos los diversos modos de constituir las servidumbres, tales como se encuentran en el derecho de Justiniano.

§ 140. *Por convención ó por disposición de última voluntad.*

Todas las servidumbres pueden ser establecidas por disposición de última voluntad; pero está en la naturaleza de las cosas que este modo sea más usado respecto de las servidumbres personales. Reservamos los detalles para el fin del libro quinto en que se tratará de los legados y fideicomisos <sup>1</sup>.

En el derecho nuevo toda servidumbre puede igualmente establecerse por convención entre el propietario de la cosa que ha de resultar gravada con la servidumbre y la persona en favor de la cual se constituye este derecho. Aquel que quiere conceder una servidumbre debe ser propietario de la cosa sobre la cual vá á ser establecida, y tener la capacidad de disponer de la cosa de la manera como lo ha hecho <sup>2</sup>. Por extensión se ha concedido al enfiteuta y al superficiario el derecho de establecer servidumbres; pero no hay que decir que estos derechos se extinguen de pleno derecho al terminar el enfiteusis y la superficie <sup>3</sup>. Cuando se trata de una servidumbre predial es preciso naturalmente que aquel que quiere adquirirla tenga la propiedad del fundo en favor del cual se ha de constituir <sup>4</sup>.— De la indivisibilidad de las servidumbres <sup>5</sup>, resulta que una cosa

<sup>9</sup> V., el párrafo siguiente, notas 17 y sgg.

<sup>10</sup> Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2, y más arriba, § 122, nota 7, así como § 136 *in fine*.

<sup>1</sup> V., á cont., t. III, § 132.

<sup>2</sup> Fr. 1, § 1. Fr. 6, pr. 8, D., *communía prædiorum* 8, 4.—Fr. 11, § 1, *quemadmodum servitutes amittantur* 8, 6.—Fr. 105, D., *de condicionibus et demonstrationibus* 35, 1.

<sup>3</sup> V., más arriba, § 139, nota 7, y á cont., §§ 147 y 152.

<sup>4</sup> § 3, I., *de servitutibus* 2, 3.—Fr. 1, § 1, D., *communía prædiorum* 8, 4. Cf. Fr. 5, 6, pr. D., *eodem*; Fr. 15, § 7, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 1, § 9, D., *de superficiebus* 43, 18.—V., sin embargo á cont., nota 15.

<sup>5</sup> Como el usufructo es divisible (más arriba, § 126, nota 19), las reglas que vamos á exponer no son aplicables á la constitución de este derecho.

perteneciente á muchas personas en común no puede ser gravada con servidumbres sin el consentimiento de todos los copropietarios <sup>6</sup>. Del mismo modo no puede establecerse ninguna servidumbre á favor de un fundo común, á menos de que todos los propietarios hayan concurrido al acto de constitución <sup>7</sup>. Por fin, como nadie puede tener una servidumbre sobre su propia casa, es evidente además, que el propietario no puede adquirir una servidumbre sobre el fundo común, ni imponerla á su fundo en provecho del fundo común <sup>8</sup>.—La convención constitutiva de un derecho de servidumbre no está sometida á ninguna formalidad; basta que las partes manifiesten la intención de erijir en derecho de servidumbre tal poder, comprendido en la noción de la propiedad <sup>9</sup>. Esta intención no tiene

<sup>6</sup> Fr. 2, D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 10, pr. D., *de aquæ pluv. arc. act.* 39, 3.—Cf. Fr. 6, § 1. 3. D., *communis prædiorum* 8, 4. Según el rigor de los principios, el acto por el cual uno solo ó algunos de los copropietarios consintiesen una servidumbre sobre el fundo común es absolutamente nulo como constitutivo de servidumbre, *nihil actum est* (sin embargo, á los que hubiesen consentido no les sería permitida la oposición al ejercicio de los poderes que se habían obligado á tolerar. Fr. 11, D., *de S. P. S.* 8, 3). Desde entonces, no habría nada de hecho, aun cuando en lo sucesivo, los otros *codomini* diesen su consentimiento. Sin embargo, por motivos de equidad, se ha admitido que, en esta hipótesis, quede constituida la servidumbre en el momento en que el último otorgue su consentimiento, con tal que, en este momento, haya *res integra*, es decir, que el consentimiento de todos y las condiciones necesarias para la creación de la servidumbre hayan continuado subsistiendo sin interrupción, desde el primer consentimiento hasta el último. Fr. 11, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 6, § 2. Fr. 18, D., *communis prædiorum* 8, 4. No se ha concedido el mismo favor á la constitución de una servidumbre por disposición de última voluntad. Fr. 18, D., *citado*, y á cont., t. III, § 432.

<sup>7</sup> Fr. 8 in f. Fr. 11, D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 5. 6, § 1. Fr. 18, *verb.* *Idem iuris est D., comm. præd.* 9, 4.—Fr. 3, D., *de servitute legata* 33, 3. V., la explicación de este fragmento á cont., t. III, § 432, A, *in fine*.—Cf. Fr. 2, D., *codem*, y Fr. 19, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Lo que hemos dicho en la nota anterior, sobre las consecuencias que rigurosamente resultan de estos principios y sobre la interpretación favorable que ha prevalecido en las constituciones por actos entre vivos, también se aplican á nuestra hipótesis. Fr. 18, D., *comm. præd.* 8, 4.—Fr. 3, D., *de servitute legata* 33, 3, y á cont., t. III, § 432. A *in fine*.

<sup>8</sup> Fr. 6, § 3, D., *comm. prædiorum* 8, 4.—Fr. 8, § 1, D., *de servit.* 8, 1... «Si *prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cæpero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes adquiri non poterit*». Cf. á cont., § 144, nota 14.—No hay que decir, que el copropietario de un fundo, al enagenar su parte, puede consentir, sobre otro fundo que le pertenezca, cualquiera servidumbre á favor del comprador y también hacer que este consienta en algunas para sí mismo. Fr. 32, D., *de S. P. R.* 8, 3.

<sup>9</sup> Para quitar toda duda sobre la intención seria de establecer un derecho de servidumbre, las partes tenían la costumbre de añadir á sus convenciones algunas estipulaciones de garantía, usadas en materia de ventas, lo que de una manera suficiente hacía constar la intención del constituyente de *enagenar*, á favor del adquisidor los poderes comprendidos en la servidumbre que se trataba de constituir. Fr. 20, D., *de servitutibus* 8, 1, más arriba, § 135, nota 12.—Fr. 19, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 33, pr. Fr. 36 in f. D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 25, § 12, D., *famil. ercisc.* 10, 2.—Fr. 3, § 2, D., *empti* 19, 1.—Fr. 2, § 5. Fr. 4, § 1. Fr. 38, § 6. 10-12. Fr. 49, § 1. Fr. 75, § 7. Fr. 85. 63. 111. 130. 131, pr. D., *de verborum obligationibus* 45, 1.—Cf. á cont., nota 17.

necesidad de expresarse *in terminis*: puede resultar implícitamente de cualquiera disposición que se tome respecto de la cosa que se trata de gravar <sup>10</sup>; pero es preciso que las circunstancias no dejen ninguna duda sobre la intención, pues el establecimiento de una servidumbre implica enagenación, y las enagenaciones no se presumen <sup>11</sup>. La reserva de un derecho de servidumbre, que hace el propietario al enagenar su cosa, *deductio*, y la concesión de semejante derecho que hace á favor del adquirente en la misma ocasión son en todos conceptos válidas y eficaces, puesto que las condiciones requeridas para la existencia del derecho que se trata de crear se encuentran reunidas en la especie <sup>12</sup>.— Hemos visto más arriba que la constitución de una servidumbre predial no admite condición ni término <sup>13</sup>: importa recordar á este propósito que esta prohibición solo se refiere á la condición y al término propiamente dichos y que no se extiende á los hechos que constituyen elementos esenciales del derecho que se vá á crear <sup>14</sup>. Así nada se opone á que nos hagamos conceder una servidumbre urbana á favor de un edificio que no existe todavía ó un derecho de acueducto para un curso de agua que se ha de descubrir, si bien que en estas hipótesis la creación del

<sup>10</sup> Fr. 10, D., *de religiosis* 11, 7.—Fr. 20, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5.—Fr. 1, D., *de servitute legata* 33, 3.—Cf. Fr. 81, § 3, D., *de legatis I* (30). Los tres últimos textos tratan de servidumbres dejadas por legado, es decir, por un género de disposiciones que siempre ha sido juzgado con un favor excepcional (á cont., t. III, § 389), por esto solo con mucha reserva se pueden aplicar las soluciones favorables que encierran. Cf. la nota que sigue.

<sup>11</sup> Cf. más arriba, § 34, nota 23 y § 37, notas 5-8. De este principio resultan entre otras, las consecuencias siguientes: 1.º El derecho Romano no admite la presunción que el Código de Napoleón, en los artículos 692-694, designa con la frase: «destinación del padre de familia», y según la cual, en el caso en que el propietario de dos heredades, sobre las cuales existiese un signo aparente de servidumbres continuas dispusiese de una de ellas, la servidumbre aparente existe desde entónces realmente en favor del fundo enagenado ó sobre el fundo enagenado. V., Fr. 30, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2, á cont., § 144, nota 12. (Si el Fr. 31, D., *de S. P. R.* 8, 3, contiene una solución contraria á la del Fr. 30, pr. D., citado, la causa de esta diferencia está indicada en el texto mismo).—Fr. 7, 10, D., *communis prædiorum* 8, 4. En los Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3, y Fr. 47, *verb. Binarum ædium D. de damno infecto* 39, 2, hay constitución expresa de servidumbre.—2.º Si un fundo dominante perteneciente á Gayo y Titio, se divide de manera que la parte atribuida á Titio se encuentra en una posición tal, que Titio no puede ejercer la servidumbre si no se sirve de la parte de Gayo, por ejemplo pasando por ella (lo que se hacía antes de la división), no basta esta circunstancia para gravar esta última con una servidumbre de paso. Si Titio quiere tener este derecho, es necesario que haga que se le constituya. Fr. 23, § 3, D., *de S. P. R.* 8, 3. Cf. á cont., § 144, nota 4.

<sup>12</sup> V., más arriba, § 139, notas 3, 4, y Fr. 32, 36, § 1, Fr. 51, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 1, § 4, Fr. 3, § 1, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2.—Fr. 19, D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 17, § 6, Fr. 34, 35-37, D., *de S. P. U.* 8, 2.—Fr. 29-32, 33, pr. Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 3, 5-8, 10, D., *communis prædiorum* 8, 4.—Fr. 19, pr. D., *quemadmodum servit. amitt.* 8, 5.—Fr. 126, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1.

<sup>13</sup> V., más arriba, § 132, n.º 1.

<sup>14</sup> V., más arriba, § 36, nota 1.

edificio y el descubrimiento del agua parecen constituir condiciones de la existencia de nuestro derecho <sup>15</sup>.

Es una cuestión fuertemente controvertida entre los jurisconsultos modernos, la de saber si la simple convención basta para constituir una servidumbre, ó si es preciso además una cuasi tradición del derecho de parte de aquel que concede la servidumbre <sup>16</sup>. Nosotros creemos que la simple convención basta. Con efecto, los pasajes del derecho de Justiniano que tratan del establecimiento de las servidumbres, se limitan á exigir esta manifestación de la voluntad de las partes, sin hacer mención de la tradición <sup>17</sup>. Además, el desarrollo inevitable de las instituciones debía producir este resul-

<sup>15</sup> A) Fr. 23, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. «Futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest».—Fr. 10, D., *de S. P. R.* 8, 3. «... Nondum ædificato ædificio servitutum constituere».—B) Fr. 10, D., *de S. P. U.* 8, 2. «Labeo ait, talem servitutum constitui posse ut aquam quærere et inventam ducere liceat...».—Fr. 15, pr. in f. D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 21, D., *si serv. vind.* 8, 5. «... CEDI potest, ut aquam quærere et inventam ducere liceat». En estas hipótesis, queda adquirido el derecho desde el momento en que se ha verificado la convención: particularmente el adquirente podrá hacer uso de la acción confesoria, para el efecto de hacer los trabajos necesarios para buscar el agua. No es lo mismo en la hipótesis del Fr. 32, D., *de S. P. R.* 8, 3. «... utpote cum in id tempus adquiratur, quo propius meus fundus futurus sit.»

<sup>16</sup> Sobre los pormenores de esta controversia, se puede consultar, particularmente, la *Chrestomathie* de BLONDEAU, p. 413, y la obra de PELLAT, *Exposición de los principios generales*, etc., p. 62, sig., en los que la opinión contraria á la nuestra está sostenida con fuerza y talento.

<sup>17</sup> (GAYO, II, 31, más arriba, § 139, nota 5) § 4, I., *de servitutibus* 2, 3. «Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet», y TEÓFILO, *ad h. l.* «... τὸτο δὲναται ποισίν»—§ 1, I., *de usu fructu* 2, 4. «Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere pactionibus et stipulationibus id efficere debet». TEÓFILO, *ad h. l.* «... τὸτο, ὅπε ἰλει ποισίν.»—Fr. 3, pr. Fr. 25, § 7, D., *de usufructu* 7, 1.—Cf. Fr. 33, § 1, Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 3, § 2, D., *emti* 19, 1.—L. 14, C., *de servitutibus* 3, 34.—L. 12, § 1, 3, 4, C., *de ædificiis privatis* 8, 10.—Los textos más arriba transcritos dicen: *pacta et stipulationes*. La palabra *pacta* hubiera sido suficiente; porque las *stipulationes* de las que aquí se trata son simplemente promesas de garantía que las partes añadían con el objeto de hacer constar la intención seria de establecer una servidumbre, para que el promitente no pudiese, en lo sucesivo, sostener que había dejado gozar al adquirente por simple tolerancia. V., la fórmula dada por TEÓFILO *ad* § 4, I., *de servitutibus*, y más arriba nota 9. Así, por más que estas estipulaciones estuviesen muy en uso, y cuasi de estilo en nuestra materia, por eso no eran indispensables, y encontramos algunos ejemplos de pactos constitutivos de servidumbres sin estipulación de pena. Fr. 80, § 1, D., *de contrah. emtione* 18, 1.—Fr. 12, D., *de pignoribus* 20, 1.—L. 14, pr. C., *de servit.* 3, 34.—L. 12, § 4, *verb. Hæc autem C., de ædif. privatis* 8, 10, V., también los Fr. 25, § 7 D., *de usufr.* 7, 1, y Fr. 17, D., *de stipul. servorum* 45, 3, en los que la palabra *stipulari* está evidentemente empleada en un sentido general, como sinónimo de *pacisci, convenir*.—Por lo demás, es preciso guardarse de confundir las estipulaciones de garantía, añadidas á los pactos constitutivos de servidumbres, con las estipulaciones que contienen la promesa de constituir una servidumbre. Fr. 19, D., *de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 25, § 9, 10, D., *famil. ercisc.* 10, 2. «... Viam et is promittere potest, qui fundum non habet ...».—Fr. 3, pr. D., *de oblig. et act.* 44, 7, á la nota siguiente.—Fr. 98, 136, § 1, D., *de verb. obl.* 45, 1. Cf. Fr. 11, 17, D., *de servitutibus* 8, 1.

tado <sup>18</sup>. En la época en que se distinguía entre fundos itálicos y fundos provinciales, la simple convención era el modo ordinario de establecer una servidumbre sobre estos últimos <sup>19</sup>. El derecho de Justiniano, que no conocía ya los fundos itálicos ha debido evidentemente generalizar el modo más libre. La opinión contraria descansa casi únicamente en la suposición gratuita de que la transmisión de los derechos reales exige la tradición como una condición esencial y fundada en la naturaleza misma de las cosas. Hemos intentado probar más arriba, § 105, que nada de esto sucede, y que sólo separándose de la vía trazada por el derecho originario, los Romanos, bajo la influencia del derecho provincial, han llegado á admitir la tradición como modo general de transferirse la propiedad. Nada comprueba que se hayan seguido los mismos errores respecto de los *iura in re* <sup>20</sup>; sino que por el contrario, si hacemos abstracción de la controversia que nos ocupa, se puede afirmar que no hay ni uno solo de estos derechos que exija en su adquisición una cuasi tradición. Así la enfiteusis, que difiere de las servidumbres solamente en que comprende derechos más extensos, se establece por simple convención, y sucede lo mismo con la superficie y el derecho de hipoteca <sup>21</sup>. Los que sostienen la necesidad de la cuasi tradición se apoyan á la verdad en muchos pasajes de nuestras fuentes. Pero de estos textos, los unos mencionan simplemente la tradición como un hecho indiferente y los otros se refieren á la adquisición de la cuasi posesión de una servidumbre, y particularmente á la acción Publiciana, que supone la posesión de buena fé del derecho que se reclama <sup>22</sup>.—Por lo demás, en la opinión que combatimos, es forzoso

<sup>18</sup> El argumento que contra nosotros se quiere fundar sobre el Fr. 3, D., *de act. et obl.* 44, 7, nada tiene de serio; descansa sobre una confusión de ideas que se evita teniendo en cuenta la consideración con que terminamos la nota anterior.—PELLAT *l. l.* p. 65, nos opondrá el Fr. 33, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 3, que hemos invocado en dicha nota en nuestro favor; pero no es concluyente su argumentación.—Con efecto, tenemos que notar, que el derecho que ejercitamos respecto de las *plures per quorum prædia aquam ducimus* no es la servidumbre rústica *aquæ ducendæ*, sino el derecho de tener sobre su fundo cañerías ó canales de conducción. (V., más arriba, § 132, nota 19) El *haustus* que les concedemos no toca á nada que sea suyo, sino al agua que es nuestra. Así, cuando el jurisconsulto concluye: *quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest*, quiere decir, no «que su decisión derogue los dos principios por él anunciados», sino «que estos dos principios no tienen aplicación á la especie»

<sup>19</sup> V., más arriba, § 139, notas 5 y sgg.

<sup>20</sup> No es que se haya seguido una vía mejor relativamente á estos derechos (para este efecto, hubiera sido necesario conservar aunque perfeccionándolos, los antiguos modos de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*, así como lo hemos mostrado más arriba, § 105);—pero el camino que se ha seguido ha sido diferente: en lugar de la tradición, se ha adoptado la simple convención.

<sup>21</sup> V., á cont., §§ 150, 152, 156.

<sup>22</sup> Fr. 11, § 1, D., *de Publ. actione* 6, 1.—Fr. 25, § 7, D., *de usufructu* 7, 1.—

introducir tantas excepciones que la regla que establece llega á ser ilusoria. En primer lugar, es incontestable que aquel que enagena una cosa puede reservarse un derecho de servidumbre sobre ella sin que haya la cuasi tradición del derecho <sup>23</sup>. En segundo lugar, no puede imaginarse una cuasi tradición ni respecto de las servidumbres negativas, que consisten en no hacer ni en aquellas cuyo ejercicio depende de una eventualidad futura; de suerte que se debe admitir que, para estas servidumbres á lo ménos basta la simple convención ó bien sostener que no pueden en ninguna manera constituirse entre vivos por la voluntad de las partes. Mas, esta última afirmación es inadmisibile y está, por otra parte contradicha por decisiones formales, en lo que se refiere á las servidumbres de la última categoría <sup>24</sup>. Estas consideraciones bastan para justificar la regla según la cual la simple convención es eficaz para el establecimiento de todas las servidumbres, si, además, no se encontrase expresada en nuestras fuentes de una manera tan precisa como general <sup>25</sup>.

### § 141. *Por adjudicación.*

En las acciones divisorias, el juez puede establecer á favor de uno de los partícipes una servidumbre en la cosa que adjudica al otro <sup>1</sup>. El derecho romano le deja á este respecto una gran latitud <sup>2</sup>. Asi, en

(*Vaticana fragm.* 61) Fr. 1, pr. D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4, más arriba, § 139, nota 8.—Fr. 3, D., *si usufr. petetur* 7, 6.—Fr. 1, § 2. Fr. 33, pr. D.—*de S. P. R.* 8, 3.—Fr. 16, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.—En vano se nos objeta que para ser consecuentes, no deberíamos exigir la posesión para la acción confesoria Publiciana, puesto que concedemos la Publiciana para las cosas corporales sin posesión prévia en las hipótesis en que la propiedad se adquiere sin tradición, más arriba, § 122, notas 14. 15. No es concluyente esta objeción. Con efecto, de que por excepción la jurisprudencia hubiese admitido esta aplicación de la Publiciana á favor del legatario y de algunas otras personas para las cosas corporales, no se sigue que la haya extendido del mismo modo relativamente á las servidumbres. materia en la cual la Publiciana ha tenido por base, desde el principio, no la posibilidad de adquirir el derecho (por usucapión), sino únicamente la *possessio ex iusta causa*. Se puede añadir superabundantemente que en tiempo de los jurisconsultos clásicos, el establecimiento de las servidumbres por simple convención no era admitido *iure civili*.

<sup>23</sup> V., más arriba, nota 12.

<sup>24</sup> V., más arriba, nota 15.

<sup>25</sup> V., más arriba, notas 17 sg. y § 139, notas b y 6.

<sup>1</sup> Fr. 22, § 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.—Fr. 18, D., *comm. divid.* 10, 3. «*Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere iudex non potest.*»

<sup>2</sup> V., á cont., t. II, § 278.—Antiguamente el derecho no estaba *iure constitutum* sino por un *iudicium legitimum*; pero el pretor sin duda protegía las servidumbres impuestas á consecuencia de un *iudicium imperio continen.* *Vaticana fragm.* 47.—Fr. 44, 1, D., *famil. ercisc.*—10, 2. V., más arriba, § 109, nota 5 y § 130, nota 7.

la partición de las sucesiones, podrá, en su caso, conceder á una de las partes la propiedad y á la otra el usufructo de una cosa que se debe dividir <sup>3</sup>. Cuando se trata de dividir un fundo, es á menudo necesario conceder á uno de los copropietarios un derecho de paso, de acueducto, etc., en el terreno adjudicado al otro <sup>4</sup>. Despues de pronunciada la sentencia de partición, el juez, no entendiendo ya en el proceso, no tiene cualidad para imponer servidumbres <sup>5</sup>.

OBSERVACIÓN. Algunos comentadores han sostenido que, además de las acciones divisorias, la autoridad judicial puede imponer á un fundo la servidumbre de paso á favor de otro fundo enclavado y que no tiene ninguna salida á la vida pública. Pero el texto en que se apoya esta opinión no habla de una servidumbre <sup>6</sup>; de todos modos, contiene una disposición del todo excepcional que se solía atender <sup>7</sup>. Por lo demás, la necesidad de las servidumbres de paso se dejaba sentir menos entre los Romanos, puesto que los campos estaban en general separados por un espacio libre de cinco piés, y que se solía reservar, en las asignaciones y apeos el espacio necesario, para el paso á los terrenos enclavados.

### § 142. Por usucapión.

Parece que la jurisprudencia, en el antiguo derecho, había intentado aplicar la usucapión á los derechos de servidumbre. Pero la ley *Scribonia* abolió de una manera general este modo de adquirir las servidumbres <sup>1</sup>.

<sup>3</sup> Fr. 6, § 1, D., *de usufructu* 7, 1.—Fr. 16, § 1, 2, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.—Fr. 6, § 10, Fr. 18, D., *communi dividundo* 10, 3.

<sup>4</sup> Fr. 7, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3.

<sup>5</sup> Fr. 22, § 3, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2.

<sup>6</sup> Fr. 12, pr. D., *de religiosis* 11, 7. «Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat, et á vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre rescripsit, iter ad sepulcrum peti precario et concedi solere, ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adiunctum habeat rel.». Si bien es verdad que lemos en el Fr. 14, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1. «Servitus itineris ad sepulcrum privati iuris manet...» Pero la palabra *servitus* está aquí empleada abusivamente: el camino que conduce á una sepultura no puede, con efecto, constituir una *servitus personæ* ni un *ius prædii*.

<sup>7</sup> Algunos se han prevalido, á favor de la extensión, de SÍCULO FLAC, *Gromatici*, p. 146, 14 sgg. (p. 9 Goës.). Verdad es que los términos empleados por dicho autor aparentan favorecer esta opinión; pero la analogía de los acueductos, que se mencionan en las líneas 19 y 20 prueban suficientemente que en todo este pasaje se trata de las servidumbres voluntariamente concedidas.

<sup>8</sup> V., más arriba, § 95, nota 16, y SÍCULO FLACO, citado en la nota anterior, el cual concluye con estas palabras: «Ad omnes autem agros semper iter liberum est».

<sup>1</sup> Fr. 4, § 29, D., *de usurpationibus* 41, 3. «Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem