

## LECCION OCTAVA.

---

### DE LAS SERVIDUMBRES.

---

#### I.

#### **Preliminares. De las servidumbres en general.**

Hasta ahora nos hemos ocupado de las diversas modificaciones de la propiedad, ó de sus desmembramientos, que producen en favor de una persona distinta del dueño, la facultad de usar y disfrutar de toda ó de una parte de la cosa. Ahora nos vamos á ocupar del examen de otros desmembramientos ó modificaciones, que no impiden al propietario que disfrute y disponga libremente de su cosa, pero que la gravan en beneficio de otra ú otras de propiedad ajena.

A estos desmembramientos de la propiedad se les designa bajo el nombre de *servidumbres*, el cual es genérico y comprende también los gravámenes impuestos en una cosa en beneficio de una ó varias personas determinadas, como el usufructo, el uso y la habitación, cuyos derechos se conocían en la legislación Romana y en la nuestra, anterior al Código civil, bajo el nombre de servidumbres personales.

De manera que, bajo la denominación de *servidumbres*, se comprendían tanto los gravámenes constituidos á favor de las cosas, por cuyo motivo se les llamaba *reales*, como las constituidas á favor de

las personas y llamadas *personales*; pero desde el derecho Romano hasta nuestra legislación actual, el nombre de *servidumbres* se aplica por excelencia á las *reales ó prediales*, sin comprender en él los derechos de usufructo, uso y habitación.

El nombre de *servidumbre* se ha aplicado á los desmembramientos de la propiedad por razón de analogía con la esclavitud de las personas; pues como dicen Vinnio y Escriche, así como una persona se halla en esclavitud cuando debe sus servicios á otra, de la misma manera un fundo ó heredad está en una especie de esclavitud ó servidumbre cuando debe sus frutos ó servicios á otra persona diferente del propietario.

Explicando Gómez de la Serna la naturaleza de las servidumbres se expresa en los términos siguientes: <sup>1</sup>

“Al hablar de *los derechos en la cosa* comprendí entre ellos las servidumbres, y manifesté que sólo eran una desmembración de la propiedad. Efectivamente: en virtud del dominio absoluto podemos aprovecharnos exclusivamente de la cosa y de sus productos: tan luego como esta amplia facultad se halla cohibida, tenemos una especie de compartípe que puede hacer ó puede impedirnos en nuestra propiedad lo que sin esta traba pudiéramos ejecutar. Siempre que está limitada la libertad natural que, como propietarios absolutos nos corresponde en una heredad, por tener que permitir que otro haga ó por no poder nosotros hacer, se dice que la propiedad no es libre, ó lo que es lo mismo, que está gravada con una servidumbre:

Esta es, según el artículo 1,043 del Código civil, un gravámen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra perteneciente á distinto dueño. <sup>2</sup>

Esta definición nos demuestra que es una carga ó gravámen pasivo para la finca ó heredad que la reporta, y activo para aquella cuyo favor está constituido.

Por esta razón, se llama predio dominante la finca ó heredad en cuyo favor está constituida la servidumbre; y sirviente aquella que la sufre.

---

1 Curso de derecho Romano, tomo I, pág. 382.

2 Artículo 942, Código civil de 1,884.

## II

### Caracteres esenciales de las servidumbres.

De la definición que da la ley de las servidumbres, se infiere que no tienen una naturaleza principal y distinta de las fincas ó heredas que las reportan; sino accesoria é inherente á ella y por consiguiente, que son inseparables de las fincas á que activa ó pasivamente pertenecen. (art. 1,051, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Es decir, que la servidumbre es un gravámen que no se trasmite á la persona, sino por causa de la finca ó heredad, cuya circunstancia impide que se pueda enajenar, ceder, arrendar ó hipotecar independientemente de aquella, (art. 1,951, fracción 3.<sup>a</sup>, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Así es, que, si las fincas mudan de dueño, la servidumbre continúa, ya activa, ya pasivamente, en el predio ú objeto en que estaba constituida, hasta que legalmente se extinga. (Art. 1,052; Cód. civ.)<sup>3</sup>

Este principio estambién una consecuencia de la naturaleza de la servidumbre, que tiene por objeto atribuir un derecho real sobre el predio gravado con ella; cuyo derecho se adquiere desde el momento de la celebración del contrato, de la misma manera que se adquiere la propiedad sólo por efecto de éste, independientemente de cualquier otro acto.

La definición que la ley da de la servidumbre, declarando que es un gravamen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra perteneciente á distinto dueño, nos demuestra que para que pueda existir tal gravamen, es indispensable que haya dos predios, el sirviente que lo reporta, y el dominante á cuyo favor se ha constituido; y en consecuencia, que no se consideran en ella las personas sino de una manera accesoria y secundaria.

En otros términos: la constitución de la servidumbre tiene por objeto el provecho y la utilidad de la finca ó heredad con gravamen de

<sup>1</sup> Artículo 950, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,834, fracción 3.<sup>a</sup>, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 951, Código civil de 1,884.

otra perteneciente á distinto dueño; y por lo mismo, no puede haber servidumbre cuando no es la cosa la que puede producir alguna ventaja ó utilidad al predio dominante, sino la persona; ni en el caso de que el predio dé el provecho en beneficio ó utilidad de un individuo.

Esta es la razón por la cual declara la ley que las servidumbres son inseparables de las fincas á que pertenecen, ya activa, ya pasivamente, y que no se extinguen por el cambio de dueño de la finca, pues no se constituyen por consideraciones meramente personales en éste, sino por el provecho y beneficio de la heredad dominante.

Considerada la servidumbre con relación al dueño del predio sirviente, consiste en no hacer ó en tolerar que haga algo el propietario del dominante, pero no en hacer; lo cual quiere decir, como asegura Molitor, que la servidumbre no es más que una restricción impuesta á la propiedad, y no á la libertad del propietario, que obliga al predio ó fundo y no á la persona de aquel ó del poseedor.

En otros términos, la enajenación de la propiedad no impone al vendedor ninguna obligación respecto del comprador; y por consiguiente, tampoco debe imponérsela la enajenación de una parte de ese derecho que se verifica por la constitución de la servidumbre, que como hemos dicho, es un desmembramiento de la propiedad, supuesto que importa una restricción al derecho del propietario que le obliga á abstenerse de la ejecución de algún acto en su heredad, ó á tolerar que ejerza algún derecho en ella el propietario de otra finca vecina para provecho ó utilidad de ésta.

De manera que la servidumbre impone por todo deber al propietario del predio sirviente, la obligación de abstenerse, de no hacer ó de tolerar que ejerza algún derecho en éste el dueño del predio dominante; y así lo declara expresamente el artículo 1,044 del Código civil.<sup>1</sup>

Esta circunstancia, que es esencialmente característica de la servidumbre, parece hallarse en contradicción con el texto del artículo 1,044 que acabamos de citar, según el cual, para que pueda exigirse al dueño del predio sirviente la ejecución de un hecho, es necesario que esté expresamente determinado por la ley en el acto que constituyó la servidumbre: lo cual quiere decir que ésta impone también

---

1 Artículo 943, Código civil de 1,884.

El dueño del predio sirviente la obligación de hacer, si la ley lo determina, ó si por convenio expreso contrae tal obligación.

Y puede señalarse como una prueba de esa contradicción la servidumbre que en derecho Romano se conocía bajo la denominación de *oneris ferendi*, la cual impone al dueño del predio sirviente la obligación de hacer las obras y reparaciones necesarias para la conservación del gravamen.

Pero realmente no existe tal contradicción, porque el deber á que nos referimos no obliga de una manera absoluta al dueño de la finca sirviente, que puede libertarse de él abandonándola al propietario de la dominante: lo que demuestra que la heredad y no la persona es la que debe la servidumbre. (art. 1.149, Cód. civ. y ley 6, § 2. D. tít. 8.º, lib. 5.º)<sup>1</sup>

Además, la servidumbre á que nos referimos, no consiste realmente sino en la tolerancia del dueño del predio sirviente de que reposen sobre éste las construcciones del propietario del dominante; á cuyo deber se agrega como accesoria la obligación de hacer las obras necesarias para la conservación de la servidumbre.

Es decir: que en el caso á que nos referimos existe principalmente una servidumbre, y como accesoria, una obligación de cuyo cumplimiento puede libertarse el dueño del predio sirviente abandonándolo: lo que demuestra que no es propio de la naturaleza de la servidumbre que éste tenga la obligación de hacer.

En comprobación de esta verdad debemos recordar, que si el predio sirviente pertenece á varios individuos *pro in diviso*, el propietario del dominante no puede exigir judicialmente de cada uno de ellos la ejecución de las obras necesarias para la conservación de la servidumbre, sino en la parte ó proporción que le corresponde; á diferencia de la acción relativa á la misma servidumbre que es indivisible.<sup>2</sup>

Es también circunstancia esencial para la existencia de la servidumbre que las dos heredades, la dominante y la sirviente, pertenezcan á distintos propietarios, pues como dice la ley 13, tít. 31, Partida 3.ª, siguiendo el principio del derecho Romano, "*Nemini res sua servit juris servitutis*," la servidumbre sólo existe en cuanto es

<sup>1</sup> Artículo 1,043, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Leyes 4, § 3 y 4, y 6, § 4, lib. 8, tít. 5, y ley 21, tit. 22, Partida 3.ª

*provechosa al heredamiento ó casa de otri e non á la suya. Cá los meses hanse de servir de sus cosas como en manera de servidumbre, usando de lo suyo.*

Sin embargo, esta regla no es de tal manera absoluta que impida al propietario de una heredad adquirir en provecho de ella una servidumbre sobre la finca ó heredad de que es copropietario en unión de otros individuos; ni que se constituya sobre ésta la servidumbre á favor aquella de que es propietario exclusivo; porque los derechos individuales de cada uno de los copropietarios sobre aquello que les pertenece exclusivamente, son distintos de los que tienen sobre la cosa que les pertenece en común.

Para hacer más comprensible la teoría expuesta, vamos á trasladar textualmente el ejemplo que, con igual objeto emplea Gutiérrez Fernández. "Supongamos, dice, que Pedro, propietario de una casa tiene un derecho de vista sobre otra inmediata, y que por consecuencia de una donación ó sucesión llega á ser copropietario de la casa vecina; este título no extinguirá su derecho de vista sobre la heredad sirviente, porque la ejerce únicamente como propietario de la heredad dominante." <sup>1</sup>

El mismo autor advierte, que para que la servidumbre continúe existiendo, es indispensable que el derecho de servidumbre de la heredad dominante, sea distinto del que el propietario pueda ejercer en virtud de su copropiedad; de manera que si la servidumbre fuese de paso, podría ser absorbida en la copropiedad que diere lugar á él, pero quedaría sólo suspensa en su ejercicio, por lo que resultaría si la indivisión concluyera.

De lo expuesto se infieren las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup> Que si el propietario de una finca ó heredad establece en una parte de ella un gravamen en provecho ó utilidad de la otra parte, tal gravamen no constituye una servidumbre:

2.<sup>a</sup> Que cuando el propietario del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó cuando el dueño de éste adquiere el de aquél, se extingue la servidumbre.

Esta consecuencia es enteramente legal, pues tiene expresa sanción en el artículo 1,157, fracción 1.<sup>a</sup>, del Código civil. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 578.

<sup>2</sup> Artículo 1,051, Código civil de 1,884.

Pero no basta para la existencia de la servidumbre que haya dos predios, uno dominante y otro sirviente, y que pertenezcan á dos personas distintas, sino que es además necesario que se encuentren próximos el uno del otro: lo cual no quiere decir que deban estar contiguos ó colindando, pues se pueden hallar separados por otro ú otros predios.

Vinnio estableció este mismo principio, fundado en varios preceptos del derecho Romano, en las siguientes palabras: "*Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, si non impediatur liberum usum servitutis.*"

Según los principios establecidos por el derecho Romano; era condicion esencial para la existencia de las servidumbres reales, que el predio sirviente se hallara por sí mismo é independientemente de las obras del hombre, en estado de producir perpetuamente el elemento material, como le llaman los jurisconsultos, que demanda el ejercicio de la servidumbre.

De esos principios, condensados en este apotegma, "*Causa servitutum debet esse perpetua,*" deducian los intérpretes que no se podía constituir servidumbre cuando la utilidad ó provecho que se podía obtener de un predio, era temporal ó pasajero; por cuyo motivo no se podía adquirir la servidumbre de acueducto en un lago ó estanque. (Ley 28, tít. 8.º; lib. 2. D.)

Pero nuestro Código, siguiendo al Francés y á los demás Códigos modernos, no exige la existencia de esta circunstancia como requisito esencial de las servidumbres, alejándonos así de las controversias y dificultades que producía acerca de la constitución de esos gravámenes.

Sin embargo, se debe evitar toda confusión entre la causa perpetua de la servidumbre y la perpetuidad de su duración; porque esta circunstancia, que forma el carácter distintivo de ciertas servidumbres, se refiere al modo de ejercicio de ellas, y aquella constituye una condición relativa al predio sirviente.

Las servidumbres son indivisibles, ya se les considere activa, ya pasivamente; esto es, como un derecho, ó como un gravamen.

Pothier, dice, refiriéndose á esta circunstancia: "Los derechos de servidumbre real son indivisibles, no admiten división de partes rea-

les, ni aun intelectuales, porque repugna que una heredad tenga sobre la de su vecino una parte de derecho de paso, de vista, etc. El uso del derecho de servidumbre puede hallarse limitado á ciertos días, á ciertas horas; pero este uso cuyo derecho es limitado es un derecho entero de servidumbre, y no una parte de derecho.<sup>1</sup>

Esta teoría de la indivisibilidad de las servidumbres, establecida por el derecho Romano, y adoptada por las leyes 9, 10 y 18, tít. 3.º Part. 3.ª, ha sido sancionada por el artículo 1,053 del Código civil que declara expresamente que las servidumbres son indivisibles.<sup>2</sup>

Es consecuencia de esta teoría legal, que, si el predio sirviente se divide entre muchos dueños, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponde: y si es el predio dominante el que se divide entre muchos, cada propietario puede usar por entero la servidumbre, no variando el lugar de su uso ni agravándola de otra manera. (art. 1,053, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Esta teoría de la indivisibilidad de las servidumbres, ha sido el objeto de laboriosa controversia entre los jurisconsultos, algunos de los cuales sostienen que tales gravámenes pueden disminuirse por la prescripción; que después de dividido un fundo, pueden ejercitarse por los propietarios, y que cada uno de ellos puede perder su derecho: en una palabra, que las servidumbres son divisibles.

Pero Bugnet, Danvila y otros, establecen la siguiente distinción que hace admisible la teoría á que nos referimos.

Según estos autores, si se consideran las servidumbres con relación al derecho que establecen, son indivisibles como toda obligación; porque el vínculo del derecho existe ó no, pero ni aun siquiera puede concebirse que exista en parte. Pero si se les considera con relación á su objeto, son como las obligaciones, divisibles ó indivisibles, según que la utilidad que hayan de producir ó el hecho que las constituya sea ó no susceptible de división.

Por ejemplo, si el hecho que constituye la servidumbre puede ejercerse en parte por una persona y en parte por otra, como cuando se tiene la facultad de pacer cierto número de animales en un campo, la servidumbre es divisible, supuesto que lo es ese número de anima-

1 Tomo I, pág. 312, núm. 3.

2 Artículo 952, Código civil de 1,884.

3 Artículo 952, Código civil de 1,884.



es. Pero si el hecho es tal que no puede ejercerse por una persona en parte, como el derecho de vía para ir de un lugar á otro, la servidumbre es indivisible.

Danvila, sostiene también que las servidumbres son las obligaciones de un predio sobre otro, y por lo mismo les son aplicables los principios que rigen á las obligaciones convencionales, cuya indivisibilidad no consiste simplemente en que el hecho sobre que recae sea susceptible de dividirse, sino en que este hecho, cuando tenga esta cualidad, se haya estipulado íntegramente. De manera, que la indivisibilidad puede provenir ó de la naturaleza de los hechos ó de la voluntad de los interesados. <sup>1</sup>

Diversos son los efectos que produce la indivisibilidad de las servidumbres relativamente á su constitución y su extinción, de los cuales nos ocuparemos en su oportunidad.

Antes de ocuparnos de las circunstancias accidentales de las servidumbres, conviene advertir; que de la definición que da el Código civil, declarando que es un gravamen impuesto sobre una finca ó heredad en provecho ó para servicio de otra perteneciente á distinto dueño, se infieren las siguientes consecuencias:

1.<sup>a</sup> Que la servidumbre debe limitarse á las necesidades del predio dominante, sin que pueda hacerse extensiva á las de otro predio:

2.<sup>a</sup> Que no es necesario que el provecho ó utilidad para el predio dominante sea actual, sino que puede ser eventual. Por ejemplo, que se constituya una servidumbre en favor de un edificio por construir.

### III.

#### **Caracteres accidentales de las servidumbres.**

Además de las circunstancias que hemos explicado en el artículo precedente, que son esenciales para la existencia de las servidumbres, hay otras que se llaman accidentales, porque no concurren en todas ellas, pero que pueden convenirles á todas; por cuyo motivo es

<sup>1</sup> Libro del propietario, pág. 116.

necesario enumerarlas y definir las, tanto más cuanto que sirven de base á las reglas sobre la adquisición y la extinción de las servidumbres.

Estas circunstancias son la continuidad, la discontinuidad, la apariencia y la no apariencia, que dan origen á la distinción de las servidumbres en continuas, discontinuas, aparentes y no aparentes. (artículo 1,046, Cód. civ.)<sup>1</sup>.

Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre, como son las de luces y otras de la misma especie. (art. 1,047, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Son discontinuas aquellas cuyo uso necesita algún hecho actual del hombre, como son las de senda, carril y otras de esta clase. (artículo 1,048, Cód. civ.)<sup>3</sup>

Las servidumbres continuas no cambian su naturaleza por la circunstancia de ser necesario el hecho del hombre para ponerlas en ejercicio, como por ejemplo, en la de acueducto, que demanda la construcción de éste para que se puedan conducir las aguas; pues tal servidumbre no consiste en esa obra, sino en la traslación de éstas, la cual se verifica por sí sola por el acueducto.

Tampoco cambia la naturaleza de las servidumbres cuando el ejercicio de ellas no es continuo, pues el artículo 1,047 del Código declara expresamente que para que las servidumbres tengan aquella cualidad, basta que sea ó que pueda ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre.<sup>4</sup>

Por este motivo, la servidumbre de goteras es continua, no obstante que no llueve sin cesar; pues como dice Pardessus, la servidumbre consiste menos en derramar las aguas sobre el predio vecino, que en poder gozar de este derecho cada vez que llueve, sin que sea necesario un nuevo hecho del hombre para constituir la servidumbre,

Son servidumbres aparentes las que se anuncian por obras ó signos exteriores, dispuestos para su uso y aprovechamiento; como un puente, una ventana, un cauce ú otros semejantes. (art. 1,049, Código civil.)<sup>5</sup>

1 Artículo 945, Código civil de 1,884.

2 Artículo 946, Código civil de 1,884.

3 Artículo 947, Código civil de 1,884.

4 Artículo 946, Código civil de 1,884.

5 Artículo 948, Código civil de 1,884.

Son servidumbres no aparentes las que no presentan signo exterior de su existencia; como el gravamen de no edificar en cierto lugar, el de no levantar un edificio sino á una altura determinada, y otras semejantes. (art. 1,050, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Las definiciones que preceden nos demuestran que la continuidad y la discontinuidad de las servidumbres son caracteres intrínsecos de ellas, y que la apariencia ó no apariencia no tienen este carácter; porque estas circunstancias dependen más bien de las condiciones exteriores según las cuales se ejercen las servidumbres, que de éstas mismas.

Por ejemplo; una servidumbre de paso puede ser ó no aparente, según que se manifieste su ejercicio por una senda, vía ó carril, ó que no exista ninguna huella de ella.

Es preciso no confundir la apariencia con la continuidad de las servidumbres, error grave en que podría incurrirse, á causa de la semejanza que tienen entre sí por ser de un efecto no interrumpido ó continuo.

Hay muchas servidumbres cuyo efecto es constante, aunque no perceptible; como por ejemplo, la servidumbre de no edificar á una altura mayor de la que se ha determinado, que la ley clasifica entre las servidumbres no aparentes. Esta servidumbre no se revela por ningún signo exterior, pues no se puede conocer si la altura que se ha dado al edificio es efecto de ella ó de la voluntad del propietario ó de él, que ha estimado conveniente darle una elevación mayor; y sin embargo, es continua, porque el límite señalado á la altura del edificio, acredita la existencia del gravámen incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Las obras ó signos exteriores que constituyen la apariencia de las servidumbres, deben ser tales que demuestren la existencia de éstas en los predios sirvientes; pues serían inútiles si no fueran visibles para los propietarios de ellos.

Es decir: que esas obras, que esos signos exteriores, son demostrativos de la posesión del derecho del dueño del predio dominante, que, como todos los actos posesorios, deben ser ostensibles.

De donde se infiere, que las obras ó signos exteriores que anun-

<sup>1</sup> Artículo 949, Código civil de 1,884.

cian la existencia de la servidumbre deben revestir los mismos caracteres que la posesión; esto es, que no deben ser precarios, ni transitorios, ni equívocos.

Pero conviene tener presente, que las obras ó signos exteriores demostrativos de la existencia de las servidumbres, en nada influyen sobre la naturaleza de ellas por el lugar en que se encuentran; esto es, que el mismo efecto se obtiene, sea que las obras ó signos existan en el predio dominante, sea en el sirviente: como por ejemplo en las servidumbres de acueducto y de luz, en la primera de las cuales existen las obras en el predio sirviente; y en la segunda en el dominante.

El Código civil no sanciona especialmente otra división que se hacía antiguamente de las servidumbres en positivas, afirmativas y negativas, que reproducen todos los autores.

Según éstos, son servidumbres negativas aquellas que impiden al propietario del predio sirviente hacer en él ciertas cosas. Tal es, por ejemplo, la servidumbre conocida en el tecnicismo científico bajo la denominación *altius non tollendi*, por la cual está impedido el propietario del predio sirviente de levantar su casa á mayor altura para no impedir la luz ó la vista al dominante.

Las servidumbres positivas ó afirmativas son aquellas en virtud de las cuales, tiene el dueño del predio dominante facultad de hacer algo en el sirviente, é imponen al de éste la obligación de sufrirlo ó tolerarlo. Tal es, por ejemplo, la servidumbre de senda, que faculta al dueño del predio dominante para introducirse y pasar por el sirviente, y obliga al propietario de éste á sufrir ó tolerar tal acto.

Esta distinción se estimaba de mucha importancia, relativamente á la adquisición y extinción de las servidumbres, pues la prescripción de las afirmativas comenzaba á correr desde el día en que empezaban á ejercer; y en las negativas, desde que el propietario del predio sirviente impedía su ejercicio al del dominante.

Las afirmativas se perdían por el no uso durante el tiempo requerido para la prescripción; y las negativas no se perdían por el lapso del tiempo, sino por el cambio de estado de los predios que las portaban.

Todos los autores están de acuerdo en que los caracteres accide-

ales de las servidumbres á que nos acabamos de referir, pueden concurrir solos ó reunidos, de manera que éstas pueden tener uno ó más caracteres.

Así, por ejemplo, las servidumbres aparentes son á la vez continuas, como la de acueducto; las discontinuas son ordinariamente no aparentes, como la de paso á través de un campo; y es muy raro que las negativas no sean á la vez continuas y no aparentes. Por ejemplo, la servidumbre de no edificar más allá de cierta altura.

Según los autores, pueden formarse las cuatro combinaciones siguientes, por la concurrencia de los caracteres accidentales de las servidumbres.

- 1.<sup>a</sup> Servidumbres continuas y aparentes, como la de luz:
- 2.<sup>a</sup> Continuas y no aparentes, como la de no edificar:
- 3.<sup>a</sup> Discontinuas y aparentes, como el paso por una puerta:
- 4.<sup>a</sup> Discontinuas y no aparentes, como el paso á través de un campo.

Las servidumbres se constituyen para la subsistencia ó comodidad de un edificio ó del objeto á que éste se destina, ó para la comodidad ó usos de un objeto agrícola. Las primeras se llaman urbanas y las segundas rústicas, sin consideración á que la finca esté en poblado ó en el campo. (art. 1,045, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Esta distinción, tomada del art. 687 del Código Francés, que á su vez la tomó del derecho Romano, carece actualmente de utilidad, según la opinión de todos los autores, y está indicada de una manera inexacta:

En Roma era de suma importancia esta distinción de las servidumbres en rústicas y urbanas para su adquisición, porque las primeras se adquirían por la *mancipación*, y las segundas no; pero en la actualidad se adquieren ambas servidumbres de la misma manera, pues no existe entre ellas ninguna diferencia, y es, por tanto, inútil distinguirlas.

Leconte se expresa en los términos siguientes, refiriéndose á la distinción de las servidumbres en rústicas y urbanas: "Esta distinción, que no debía entrar en nuestro Código, se ha insertado por inadvertencia: los redactores la han copiado servilmente de las obras

<sup>1</sup> Artículo 944, Código civil de 1,884.

de antiguos intérpretes que parecían no haber comprendido la verdadera doctrina de los jurisconsultos romanos sobre esta materia. Hemos visto que en Roma, la servidumbre rústica era la que *in solo consistit*, es decir, que no implica de ninguna manera la idea de una construcción, de un edificio cualquiera, y que se ejerce sobre el suelo edificado ó no; en tanto que la servidumbre urbana era la que *in superficie consistit*, que hace nacer en el espíritu la idea de un edificio, sin la cual no se la puede concebir. Por esto hemos dicho, que un derecho de paso era siempre una servidumbre rústica, sea que se hubiere establecido para el servicio de una casa, sea para la explotación de un terreno, así como el derecho de gotera de un techo, que tuviera por objeto la irrigación de un terreno edificado ó no, constituía siempre una servidumbre urbana. Había, pues, una línea de demarcación muy neta entre estas dos categorías de servidumbres y la naturaleza de cada una de ellas permanecía siempre la misma aunque el fundo dominante cambiara: *ratio non patitur ut eadem specie servitus nunc rustica, nunc urbana dicatur.* (Vinnio, *Instit. de serv.* § I, núm. 1.) <sup>1</sup>

«Nuestro Código ha desconocido este principio tan lógico, diciendo que una servidumbre podrá ser urbana ó rústica, según que tenga por objeto la utilidad de un edificio ó de un terreno. Esta distinción está hoy completamente abandonada.»

Refiriéndose Marcadé á esta misma distinción, dice, que no se conoce la naturaleza de la servidumbre por la del predio dominante en cuyo favor se constituye, sino por la del predio por el cual subsiste y se ejerce, sea dominante ó sirviente. Así, toda construcción *superficies* es una heredad urbana; el suelo es una heredad rústica. Por consiguiente: siempre que la servidumbre subsiste y se ejerce por el suelo, es rústica; y cuando se ejerce y subsiste por un edificio es urbana: por ejemplo, el paso que se ejerce por un patio para llegar á una casa es una servidumbre rústica, aunque se haya constituido á favor de un predio urbano: y si en una localidad en que el agua es muy escasa y se le da un gran valor á la proveniente de las goteras, se concede ésta para la irrigación de un jardín, como la ser-

1 De l'acquisition des servitudes, pág. 39.

servidumbre subsiste por medio de un edificio, será urbana aunque se establezca á un predio rústico. <sup>1</sup>

Fundados en esas autoridades, y en virtud de que el artículo 1,045 del Código civil está copiado literalmente del 687 del Francés, podemos establecer también que la regla que contiene aquel es completamente falsa é inútil.

Finalmente: las servidumbres provienen del contrato ó de la última voluntad de los propietarios, y de la ley, ya sea que las establezca expresamente, ya sea que las autorice en virtud de la prescripción. (art. 1,054, Cód. civ.) <sup>2</sup>

De aquí nace otra división de las servidumbres en legales ó necesarias, que son las que deben su origen ó autorización á la ley; y en convencionales ó voluntarias, que son las que se establecen por contrato ó por testamento.

Siguiendo al art. 647 del Código Francés, declaró el nuestro en el 1,055, que todo propietario tiene derecho de cerrar y cercar su propiedad en todo ó en parte, á su costa, del modo que lo estime conveniente; salvas las servidumbres de uso público ó particular, que debiere por justo título, incluso el de la prescripción. <sup>3</sup>

Los términos de esta declaración nos demuestran que el precepto que la contiene no trata de la constitución de una servidumbre, ni de designar una nueva especie, distinta de las que hemos definido, por tanto, que se halla fuera de su lugar, y habría estado mejor colocada entre aquellos preceptos que definen la propiedad y señalan sus atributos.

En efecto: el derecho de cerrar y cercar á que se refiere el artículo 1,055 es una consecuencia del derecho de propiedad; y el propietario que lo ejercita, no pretende nada de sus vecinos, ni les impone ningún gravamen, sino que se sirve de su cosa dentro de los límites establecidos de su derecho de propiedad.

La consignación de este derecho entre las servidumbres no tiene aplicación alguna que la justifique, porque entre nosotros no existen las causas que la motivaron en el Código Francés. En Francia se ponían al ejercicio de este derecho la caza y los placeres de los

<sup>1</sup> Tomo II, núm 648.

<sup>2</sup> Artículo 953, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 954, Código civil de 1,884.

grandes señores, el derecho de pasto conocido bajo las denominaciones de *vaine pature* y de *parcours* consagrados por el derecho consuetudinario, de cuyas restricciones libertó á los propietarios el artículo 647 del Código mencionado, acerca del cual dice Demante, que proclamando la ley la facultad de cerrar ó cercar, ha querido hacer evidente que ésta no podía restringirse, á causa de la incomodidad que su ejercicio hiciera sufrir á los vecinos. <sup>1</sup>

Entre nosotros, sea por la extensión de nuestro territorio, sea por las instituciones que nos rigen, no han respetado los propietarios los gravámenes cuya existencia destruyó el artículo 647 del Código Francés, y por lo mismo, es enteramente inútil y fuera de propósito la declaración contenida en el artículo 1,055 de nuestro Código civil.

---

1 Tomo II, núm. 501