

TÍTULO III.—*De las servidumbres de heredades rústicas y urbanas.*

P. ¿Cómo se dividen las servidumbres reales?

R. Se dividen en servidumbres de heredades rústicas y en servidumbres de heredades urbanas.

P. ¿Qué se entiende aquí por heredades rústicas y qué por urbanas?

R. Se entiende aquí (1) por heredad rústica el suelo, y por heredad urbana las construcciones ó edificios, cualesquiera que sean, por otra parte, el punto en que estén situados (v. g., la ciudad ó el campo) y el uso á que se hallen destinados. Se da, pues, el nombre de servidumbres rústicas á todas las que se refieren al suelo (*in solo consistunt*); se llaman servidumbres urbanas las que gravitan sobre los edificios (*ædificiis inhærent*), y no pueden existir sin ellos.

P. ¿Cuáles son las principales servidumbres rústicas?

R. Eran las servidumbres de paso, de acueducto (2); el derecho de sacar agua (*aquæ haustus*), de abrevar ó de hacer pacer un rebaño, de cocer cal, de tomar arena de un campo.

P. ¿Había muchas servidumbres de paso?

R. Sí, señor; se distinguían tres: *iter, actus et via* (la senda, el acto y la vía).

*Iter* era el derecho de pasar á pie y á caballo, ó también en *litera* (*jus eundi*) (que se deriva de *ab eundo*).

*Actus* era el derecho de hacer pasar una bestia de carga ó un carruaje (*jus agendi*) (que proviene de *ab agendo*). El que tenía *actus* (que se deriva de *a vehendo*), tenía por accesorio *iter*, al menos, ordinariamente; porque se podía tener el dere-

(1) *Aquí*, es decir, en materia de servidumbres, porque en otras circunstancias, y en general cuando se trata de distinguir, no la naturaleza de las servidumbres, sino la de una heredad en sí misma, se llama propiedades rústicas, no solamente los campos, sino también los edificios construídos en ellos para su explotación; así como se llama propiedades urbanas, no solamente los edificios de la ciudad, sino también los patios y jardines que son accesorios de ellos.

(2) La servidumbre de acueducto (que se deriva *ab aqua duenda*), era el derecho de conducir agua por la heredad ajena, atravesándola por conductos abiertos ó subterráneos, por todo el año ó por una estación determinada, en utilidad de nuestra heredad. Se entendía que había servidumbre rústica de acueducto cuando debía correr el agua por el suelo, porque el derecho de hacer correr el agua por el edificio constituía una servidumbre urbana. (L. 11, § 1, *de pub. in rem act.*)

cho de pasar con cuadrúpedos, sin tener el de pasar sin ellos. (L. 4, § 1, ff. *si serr. vind.*)

*Via* era el derecho de servirse de una vía para todos sus usos; esto es, de ir y pasar, bien fuera solo, bien con cuadrúpedos ó con carruajes.

La *via* se componía, pues, de la reunión de *iter* y de *actus*. Diferenciábase de *actus*, no solamente en la anchura del camino (1), sino también: 1.º, en que en el *actus* el derecho de llevar un carruaje no iba enteramente unido al de conducir bestias de carga, mientras que eran indispensables ambos derechos para que hubiera *via*; 2.º, en que en el *actus* no se comprendía necesariamente el *iter*, y cuando se comprendía no era como objeto especial de la servidumbre, mientras que en *via* se hallaba siempre comprendido el *iter* y reunido como objeto directo al *actus*.

P. ¿Cuáles eran las principales servidumbres urbanas?

R. Eran relativas al derecho de hacer sostener ó cargar nuestro edificio por ó sobre el del vecino (*oneris ferendi*), de hacer colocar maderos ú otros materiales en la pared del vecino de modo que descansan sobre ella (*tigni immitendi*), de elevar ó no un edificio hasta tal altura (*altius ó non altius tollendi*), de recibir ó no el agua de un techo (gota á gota ó en canales) (*stillicidii vel fluminis recipiendi vel non recipiendi*) (2).

P. ¿Cómo puede constituir una servidumbre el derecho de elevar ó no elevar un edificio hasta tal altura?

R. Una servidumbre consiste esencialmente en una excepción de los derechos ordinarios de la propiedad. Si, pues, se determinara por los estatutos locales, atendiendo al interés de las propiedades vecinas, la elevación común de los edificios, la necesidad que hubiera impuesto un propietario á sus vecinos, bien de no levantar sus edificios á menor elevación que la legal, bien de permitirle que el suyo se elevara á mayor altura, constituiría, en el primer caso, la servidumbre *altius non*

(1) La anchura común de la *via* se había determinado por la ley de las Doce Tablas: era de ocho pies, y de diez y seis donde había vueltas. (L. 8, D. 8, 3.)

(2) Conocíase también otras varias servidumbres urbanas. Tales eran: 1.º, la servidumbre de luz (*luminum*), que era el derecho de que el vecino permitiera abrir ventana en una pared suya ó común que diera luz al predio dominante; la de no impedir la luz (*ne luminibus officiat*), ó el derecho de prohibir al vecino que edifique, plante ó haga algún acto que pueda quitar la luz á nuestra casa; 2.º, la servidumbre de vista (*prospectus*), que es el derecho de poder adelantar nuestra casa sobre la del vecino sin descansar en ella, como con un balcón ó galería, y entonces se llama *projeiendi*; y si es un techo volado ó tejado para defenderla de las aguas, se llama *projeiendi*.—(N. del T.)

*tollendi*, y en el segundo caso la servidumbre contraria, *altius tollendi*.—Así también, según dispusieran los estatutos locales á cada uno desaguar su techo sobre su propio fundo, ó impusieran al vecino la necesidad de recibir el desagüe, podrían el derecho *stillicidii recipiendi* y el derecho *stillicidii non recipiendi* constituir uno y otro una servidumbre.

P. ¿Pueden imponer las servidumbres la obligación de hacer?

R. No, señor: sólo obligan á padecer ó sufrir, ó á permitir ó no hacer. En efecto, las servidumbres no son más que desmembraciones de la propiedad; y en su consecuencia, la propiedad, aunque sea plena y completa, no impone nunca la necesidad de hacer y de obrar (1).

P. ¿No hay alguna excepción á esta regla?

R. Hay una excepción relativa á la servidumbre *oneris ferendi*. Esta servidumbre obliga al propietario del fundo sirviente (2) á mantener la columna ó la pared sobre que descansa el edificio del vecino, en estado de sostenerlo, es decir, á hacer en ella todas las reparaciones convenientes; mientras que, según la regla ordinaria, el propietario del fundo dominante es quien tiene que hacer las obras necesarias para el ejercicio de su derecho.

P. ¿Por qué las servidumbres reales se llaman prediales (*jura prædiorum*)?

R. Porque no pueden subsistir sin que haya en ellas dos heredades (*sine prædiis*), una dominante y otra sirviente. Porque las servidumbres propiamente dichas pueden constituirse únicamente sobre una heredad (3), y en utilidad ó al menos ornato de otra heredad. El derecho que yo diera á mi vecino de aprovecharse personalmente de mi jardín para pasearse (*spatiari*) ó hasta para coger un fruto de él (*pomum decerpere*) y otros derechos semejantes, podrían constituir una servidumbre personal como el uso ó el usufructo, pero no una servidumbre propiamente dicha ó servidumbre real.

P. ¿Es necesario para la existencia de una servidumbre real ó predial, que la heredad dominante y la sirviente se hallen contiguas?

(1) No obstante, un individuo puede obligarse respecto de su vecino á hacer alguna cosa, por ejemplo, á cultivar su jardín; pero ésta es una obligación personal: no es, pues, una servidumbre afecta á la heredad y transmisible en ella.

(2) Se llama fundo *sirviente* la heredad sobre la cual se ha impuesto la servidumbre, y *dominante* á aquél á cuyo favor se halla establecida.

(3) Quien dice heredad dice cosa inmueble. Los muebles no pueden ser objeto de una servidumbre real, pues por causa de su movilidad no pueden ser susceptibles de procurar esa clase de utilidad habitual y duradera que facilita entre dos inmuebles su posición respectiva y permanente.

R. Las dos heredades deben estar vecinas; pero esto no debe entenderse sino de una vecindad suficiente para que pueda ejercerse la servidumbre, pues la contigüidad no es indispensable, al menos en general, si bien hay algunas servidumbres, como el *jus stillicidii*, el *jus tigni immittendi*, que suponen necesariamente dos heredades contiguas. En definitiva, la única condición esencial es que la servidumbre pueda ejercerse físicamente.

P. ¿Cómo se establecen ó se adquieren las servidumbres?

R. Según el derecho antiguo, se adquirían, por regla general, por los modos civiles, que servían para adquirir la propiedad quiritaria, es decir, por la mancipación, la cesión *in jure*, la adjudicación y la ley, lo cual comprende los legados.

La mancipación, no obstante, no se aplicaba más que á las servidumbres rústicas, las cuales eran las únicas comprendidas entre las cosas *mancipi*.—Para constituir una servidumbre urbana entre vivos, era preciso recurrir necesariamente á la cesión *in jure* (1).—La usucapión, al menos según la ley Scribonia (2), que se reputa haberse dado en el año 720, bajo el triunvirato de Antonio, Octavio y Lépido, no se aplicaba á servidumbre alguna.—Finalmente, debe observarse que se podía en la cesión *in jure*, ó en la mancipación de un objeto, reservarse en este objeto, bien el usufructo, bien una servidumbre predial, y con esta reserva constituir el usufructo ó la servidumbre (*usumfructum, servitutem deducere, detrahere, excipere*).—La tradición no podía constituir ninguna servidumbre, ni aun las que no se enumeraban entre las cosas *mancipi*, porque siendo las servidumbres cosas incorporales, no son susceptibles de verdadera tradición ó posesión (3).

Tal era el derecho respecto de los inmuebles situados en Italia. En las provincias, no siendo los fundos susceptibles ni de la mancipación ni de la cesión *in jure* (4), hubiera sido imposible legalmente constituir verdaderas servidumbres. Así, para suplir esto, se recurrió á los pactos y á las estipulaciones, es decir, que el propietario que quería gravar el fundo del vecino con una servidumbre cualquiera á favor de su ve-

(1) Lo mismo sucedía respecto del usufructo y de las demás servidumbres personales que no se comprendían en las cosas *mancipi*.

(2) Paulo habla de esta ley como habiendo suprimido la usucapión de las servidumbres. (L. 4, § 59, D. 41, 3.)

(3) *Incorporales res*, dice Gayo, II, § 28, precisamente á propósito de las servidumbres, *traditionem non recipere manifestum est*.

(4) No teniendo propiedad en el rigor de la palabra en los fundos provinciales los particulares (V. pág. 46), no podían tener tampoco en estos fundos desmembraciones de una propiedad que no existía.

cino, después de haber pactado con él sobre el género de servidumbre que consentía en imponerse, se obligaba por medio de estipulación (1) á no hacer nada para impedir el ejercicio del derecho que garantizaba. Este pacto, y la estipulación que le servía de sanción, no daban al vecino ningún derecho real, no producían ningún desmembramiento verdadero de la propiedad; pero constituyendo una obligación personal, dando la acción *ex stipulatu* contra el que se había obligado (2), procuraban ventajas algún tanto semejantes á las de la servidumbre propiamente dicha.

Tal era el derecho riguroso, el *jus civile*. Pero aquí también, como respecto de la adquisición de la propiedad misma, introdujeron en la práctica los pretores innovaciones equitativas. Consideraron que si la servidumbre, por razón de su naturaleza incorporal, no es, propiamente hablando, susceptible de ser entregada y poseída, el ejercicio de la servidumbre por parte del que quiere adquirirla, y la tolerancia por parte del que consiente en constituir la, equivalen á la tradición. En su consecuencia, atribuyeron á esta *quasi tradición* un efecto análogo al que produce en materia de propiedad la tradición verdadera, es decir, que protegieron la cuasi posesión y el goce de la servidumbre desde luego por medio de los interdictos posesorios, y después por medio de la reivindicación ficticia que lleva el nombre de acción *publiciana*. Dieron también á la reserva del derecho de usufructo ó de servidumbre, que se verificaba transmitiendo una cosa por simple tradición, el efecto que producía, según el derecho antiguo, esta reserva puesta en la mancipación ó en la cesión *in jure*.—Finalmente, establecieron respecto de las servidumbres urba-

(1) Gayo, II, § 21, cuyas expresiones ha reproducido literalmente Justiniano en el § 4, h. t., dice que para procurarse en las provincias el beneficio de una servidumbre, se había recurrido á los pactos y á las estipulaciones, *pactionibus et stipulationibus*, y no á los pactos ó á las estipulaciones. Ya veremos, en efecto, en el libro III, tít. XV, que el simple pacto, es decir, la simple convención, no bastaba en general para producir una obligación; que para esto era necesario emplear las solemnidades de la *estipulación*, que constituían una interrogación y una respuesta hechas en términos solemnes y precisos. Había, en materia de obligación, la misma diferencia entre el simple pacto y la estipulación, que en materia de propiedad entre la simple tradición y la emancipación.

(2) La acción *ex stipulatu* tenía por resultado hacer condenar al que no cumplía su empeño á satisfacer la indemnización de daños y perjuicios. A veces se determinaba por una estipulación accesoria el montante de la suma que había que pagar. Así, después de haber dicho: «¿Prometes sufrir tal servidumbre?—Lo prometo,» las partes añadían: «Si, pues, pones obstáculo á ello, ¿prometes pagarme 100 sueldos de oro por vía de pena?—Lo prometo.»

nas, que tienen un carácter de posesión continua (1), y de ciertas servidumbres rústicas, como el derecho de paso ó senda y el derecho de acueducto, una prescripción de largo tiempo (*longi temporis præscriptio*), por medio de la cual conservaron, á los que habían ejercitado durante largo tiempo una servidumbre, el goce de ésta (2).

P. ¿Cuál es el estado del derecho bajo Justiniano, relativamente al establecimiento de las servidumbres?

R. En tiempo de Justiniano las innovaciones pretorias han sido sancionadas por la legislación; el derecho civil se confunde con el derecho pretorio. La emancipación ha desaparecido; la cesión *in jure* se halla también en desuso.—Las servidumbres se establecen: 1.º, por los pactos acompañados de la *quasi tradición*, y aun también sin *quasi tradición* cuando el propietario, enajenando una cosa suya por tradición, se reserva en ella tal ó tal servidumbre (3). Se establecen además: 2.º, por testamento (*lege*) (4); 3.º, respecto de algunas de ellas, por prescripción ó usucapión (5); 4.º, y finalmente, por adjudicación (6).

P. ¿Pueden constituir por sí mismos servidumbres los pactos y las estipulaciones que no van acompañados de la *quasi tradición*?

R. No, señor: salvo el caso de que hemos hablado, en que resulte la servidumbre de la reserva que el propietario hizo de ella al enajenar la cosa, se necesita la tradición para constituir convencionalmente una servidumbre. Los pactos y las estipulaciones no producen más que una obligación personal.

(1) Las servidumbres urbanas, salvo las que consistían en no hacer, como el *jus altius non tollendi*, tienen, en efecto, un carácter de continuidad que no existe generalmente en las servidumbres rústicas. Así, la viga que se apoya en la pared del vecino, la gotera que cae en su terreno, la ventana que domina su corral, subsisten siempre; mientras que el paso ó senda, el acto de sacar agua, el pasturaje, sólo se ejercen en momentos dados.

(2) Véase el tít. VI, de las *usucapiones*, etc.

(3) La tradición, en efecto, no verifica nunca la traslación de la propiedad, sino según la voluntad del propietario que la hace, y según los límites fijados por esta voluntad. En su consecuencia, no transmite más que una propiedad desmembrada, cuando el antiguo propietario se reserva, en la cosa que entrega, alguna servidumbre.

(4) Antes de Justiniano, no todos los legados establecían directamente la servidumbre: algunos obligaban solamente al heredero á establecerla; sobre este punto se distinguía el legado *per vindicationem* del legado *per damnationem* ó *sinendi modo*. (V. el título de los legados.)

(5) La prescripción y la usucapión se confunden bajo Justiniano. (V. el tít. VI.)

(6) Cuando al proceder á las particiones el juez grava los fundos de uno con una servidumbre en beneficio del fundo de otro.

Y no es propio de la naturaleza de las obligaciones, que no crean más que un vínculo personal y relativo, constituir por sí mismas derechos reales y absolutos como la propiedad y sus desmembraciones (1); los derechos de propiedad se adquieren por la tradición y no por el solo efecto de las convenciones (2). Estos principios eran fundamentales en Derecho romano. Los pactos y las estipulaciones relativas al establecimiento de una servidumbre sujetan, pues, al que en ellos se ha obligado á dar, á constituir la servidumbre sufriendo su ejercicio; pero ésta no existe verdaderamente como derecho real sino en el momento en que ha habido cuasi tradición (3).

P. ¿Cómo se extinguen las servidumbres?

R. Las servidumbres se extinguen: 1.º, por la pérdida, la destrucción de una de las heredades dominante ó sirviente; como si se arruina el edificio ó es arrebatado ó invadido el terreno por las aguas. Si se reconstruye el edificio revive la servidumbre.—2.º, por la confusión, cuando un mismo individuo se hace propietario de los dos fundos.—3.º, por la renuncia de la servidumbre hecha por el dueño del fundo dominante á favor del propietario del fundo sirviente (4).—4.º, por el no uso (5), cuya duración se fijó por Justiniano en diez años entre presentes y veinte entre ausentes (6).

(1) *Obligationum substantia*, dice Paulo, L. 3, D. 44, 7, *non in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum*.

(2) *Traditionibus, dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. (L. 20, C. de pactis.)

(3) Tal es, al menos, la opinión más acreditada en Francia, y la más conforme á los principios elementales del Derecho romano. (V. M. Ducaurroy, núm. 432; M. Ortolan, t. II, pág. 152.) No obstante, controviértese sobre este punto, y muchos comentadores enseñan que basta la simple convención para constituir las servidumbres, sobre todo las servidumbres negativas, es decir, las que consisten en no hacer, como la servidumbre, *altius non tollendi*. Puede verse en el *Manual de Mackeldey* la lista de los autores que han tratado esta cuestión en Alemania.

(4) Según el derecho antiguo, no podía hacerse esta renuncia legalmente sino por la cesión *in jure*; por el derecho nuevo, confirmatorio de las innovaciones pretorias, puede hacerse por un simple pacto.

(5) Sea que durante el tiempo requerido no se haya hecho uso enteramente de la servidumbre, sea que no se haya usado de ella de la manera que se debía (*per modum*); porque cuando no se ejerce una servidumbre real ó personal del modo debido; cuando, por ejemplo, se toma agua de un punto ó en tiempo en que no se debía tomar, se pierde la servidumbre al espirar el mismo plazo que la haría perder si no se ejerciera de modo alguno.

(6) Este plazo no corría, respecto de las servidumbres urbanas, sino desde el día en que el propietario del fundo sirviente hizo, para adquirir la libertad de su fundo, algún acto contrario á la servidumbre; por ejemplo, si levantó su edificio más alto, ó tapó las luces, ó quitó las goteras, etc.