

de dirigir la acción contra un poseedor cualquiera del fundo sirviente (1).

b) *Nemini res sua servit.*—El que una servidumbre no pueda existir si los dos inmuebles pertenecen a la misma persona, deriva de su naturaleza de *ius in re aliena*; de las ventajas que un fundo pueda proporcionar a otro, el propietario se sirve en virtud de su derecho de dominio. Esto es lo que quiere significar la regla textualmente formulada en un pasaje de las fuentes romanas y (2) que no es exclusiva de las servidumbres. También del usufructo, del uso, de la habitación, de la prenda, de la hipoteca o de superficie puede decirse que no pueden constituirse en cosa propia y en provecho propio; y si en la doctrina medioeval pudo surgir la extraña figura de un usufructo en cosa propia que en contraposición al normal (*ususfructus formalis*) fué llamado *ususfructus causalis*, fué consecuencia de aquella concepción que, considerando en el dominio una suma de facultades, hacía posible imaginar abstractamente destacada una de ellas aun cuando todas pertenecieran a la misma persona. Con esta regla se enlazan, por una parte, el especial modo de extinción de las servidumbres, que consiste en la confusión cuando en una sola persona se reuna la propiedad de los dos fondos (art. 664); por otra, uno de los modos de constitución, la destinación del padre de familia (artículos 632 y 633). Tiene, por tanto, la regla función negativa en el sentido que el fundo sirviente no debe pertenecer al mismo titular de la servidumbre; no es preciso, por tanto, que pertenezca a otro, lo cual hace posible la existencia de una servidumbre sobre el fundo *nullius* (3). Pero se deduce

(1) Ver Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 16 y siguientes; Brugi en Glück, Pand. VIII, pág. 169; Simoncelli en Rend Ist. Lomb., § II, volumen XXXV, pág. 149 y siguientes.

(2) Fr. 26. D. 8. 2. *nulli enim res sua servit*; ver también fr. 5. pr. D., 7. 6. (*nec enim potest ei sibi fundus servire*) fr. 33. § 1. D. 8. 3. (*nullum praedium ipsum sibi servire... potest*), fr. 10. D. 8. 4. *nemo ipse sibi servitutum debet*.

(3) Con tal que se haya adquirido cuando el fundo sirviente haya estado primero en propiedad de alguien y luego se haya convertido en *nullius*. Tal cuestión, por lo demás, tiene importancia muy limitada en nuestro derecho, dado el ordenamiento de la propiedad fundiaria y el raro

de esto también que pueden constituirse servidumbres entre dos fundos, uno de los cuales pertenezca a varios condueños y el otro sea de la exclusiva propiedad de uno de ellos, porque el fundo de propiedad exclusiva puede ofrecer ventajas a los condueños del otro o al fundo de la exclusiva propiedad pueden resultar de la servidumbre ventajas que del mero condominio no derivarían (1).

c) *Inalienabilidad de la servidumbre.*—Tendiendo toda la servidumbre a satisfacer necesidades de un determinado fundo, su existencia está condicionada a la existencia de esta necesidad. Consecuencia lógica de esto es que la servidumbre, no siendo concebible independientemente del fundo a que beneficia, no es alienable separadamente de éste. Por esto, la ventaja que el fundo ofrece no podría ser atribuída por el propietario del dominante activamente a otro fundo aunque fuera del mismo propietario; se desnaturalizaría el contenido, porque así como el uso y la habitación se dan por razón de las necesidades y condiciones personales del *usuario* y del *habitor*, así cada una de las servidumbres prediales reciben el sello y las características individuales del fundo a que benefician, y cuando incluso por la identidad de necesidades de otro fundo el contenido del servicio no sufriese en su naturaleza ni en su extensión cambio alguno, se daría siempre una modificación substancial, porque el servicio caracterizado por la precisa relación entre dos fundos determinados no sería ya el mismo cuando la relación se diese entre dos fundos distintos. Añádase que siendo la servidumbre una carga y una restricción en los poderes del dueño, la condición del fundo sirviente se agravaría transfiriéndose el servicio en favor de otro fundo, porque tal transferencia debe hacer presumir cesada la necesidad del primitivo fundo dominante y esta cesación es causa por sí misma de la extinción de la servidum-

caso de un inmueble *nullius*; ver Fadda, *Le servitu prediale sopra o a favore di fondi nullius* (*Studi per Serafini*, pág. 65 y siguientes y Filang., XXI 1896, pág. 801 y siguientes); Brugi en Glück, Pand. VIII, pág. 161 y siguientes.

(1) Sobre la regla en general véase De Ruggiero, *Nemini res sua servit* (*Diz. prat. dir. priv.*) Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 15 y siguientes.

bre. Inseparable como cualidad inherente no puede ser enajenada sino con el fundo dominante; todo otro traslado o toda otra cesión no puede concebirse sino como constitución de una nueva servidumbre y exige el consentimiento del propietario del fundo sirviente (1).

d) *Servitus servitutis esse non potest.*—Discutísimo es el valor y alcance de esta máxima, que enunciada en un texto romano (2), ha pasado a la doctrina civilista y romanista y ha fatigado a los juristas que se han afanado en hallarle una explicación satisfactoria. Debe ser rechazada luego de los trabajos de Perozzi y de Scialoja, los cuales han demostrado que la dicción *servitus servitutis* del fragmento I. D. 32. 2. es debida a un error de escritura y debe corregirse substituyéndola por la de *fructus servitutis*, como se lee en el fragmento 33, § I, D. 8. 3 (3). Así modificada, quiere significar que la ventaja obtenida con la servidumbre no puede ser cedida en beneficio de otros fundos, no puede ser permitida la concesión del uso de la misma en favor de terceros extraños.

Pero, ¿subsiste aún en el Derecho moderno? Y si subsiste, ¿cuál es su contenido preciso?

La afirmación general es que con ella se expresa la idea de que el contenido de una servidumbre no puede servir de base a la constitución de una nueva servidumbre. Así, por ejemplo, no puede aquel a quien corresponde el derecho de acueducto ceder sobre el mismo a un tercero el *haustus*, porque la segunda servidumbre vendría constituída, no sobre un fundo, sino sobre otra servidumbre. Y no solo el fundamento de la regla es discutido sino también la cuestión de si la concesión del uso de una

(1) Ver Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 24 y siguientes. En sentido contrario pero no aceptable, Bianchi Ferd., *Sulla inalienabilità delle servitù prediali* (*St. senesi*, III, pág. 89 y siguientes).

(2) Paulo, fr. 1. D. 33. 2: *Nec usus nec usus fructus itineris actus viæ aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest.*

(3) Africano, *Nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest*; ver Perozzi, *Fructus servitutis esse non potest* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, pág. 1 y siguientes; Scialoja, *Nota al precedente articolo* (*ib.* pág. 37 y siguientes); Ferrini considera la frase interpolada en ambos pasajes, *Pand.* § 380, pág. 492, núm. 5.

servidumbre a otro es lícita si constituye un derecho real o una mera relación de crédito. El fundamento estribaría, según algunos, en que siendo la servidumbre una limitación, no puede concebirse limitación de una limitación, como se habría en una servidumbre constituida sobre otra servidumbre, según otros, en el hecho que las servidumbres se establecen sobre un fundo, por consiguiente, sobre cosa corporal, mientras en la *servitus servitutis* se daría una servidumbre constituida sobre un derecho. La opinión más difundida es que la regla se halla en íntima relación con el principio de la intransmisibilidad de las servidumbres y que no es más que una consecuencia de la misma. Y, ciertamente, como no se admite enajenación de la servidumbre separadamente del fundo a que adhiere, tampoco puede admitirse enajenación parcial, constituyendo sobre ella otro derecho de servidumbre.

Esto no impide que de la ventaja económica que la servidumbre proporciona pueda el titular hacer a otro partícipe sobre todo cuando la servidumbre ofrezca un goce susceptible de dividirse entre varias personas (1); pero esto no puede consentirse si de tal división resulta más gravosa la servidumbre; la concesión no podría realizarse con la constitución de un derecho real; ella constituirá siempre una relación obligatoria (2).

e) *Servitus dividi non possunt.*—Toda servidumbre, como cualidad ventajosa inherente al fundo entero, afecta a cada una

(1) Así por ejemplo, quien tenga activamente la *servitus silvae et edendae* puede hacer partícipe del goce a un tercero extraño, cediéndole la facultad de cortar leña en el bosque; no podría quien tiene derecho de paso hacer disfrutar de él a los propietarios de otros fundos.

(2) Véase sobre las varias cuestiones a que ha dado lugar este apotegma, Bianchi Ferd., *La regola serv. servitutis esse non potest nel dir. vigente* (*Riv. it. p. le. sc. giur.*, II, 1886, pág. 47 y siguientes); Scialoja, *Il fr. 33. § 1. D. 8. 3. e la regola servitus servitutis esse non potest* (*St. senesi*, I, 1884, pág. 109); Brugi en Glück, *Pand.* VIII, pág. 100 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 26 y siguientes. En nuestra opinión, si se tiene en cuenta su falso origen en derecho romano y su contenido, la regla debiera ser rechazada como desprovista de valor si quiere afirmar cosa distinta de la alienabilidad, como superflua y ociosa si enuncia—ni racionalmente puede significar otra cosa—el principio de la inalienabilidad total o parcial.

de las partes del dominante. Esto va entendido, tanto de las partes reales como de las ideales; así, cuando el paso o el acueducto se ejerciten sobre una fracción determinada del fundo, se debe considerar todo él gravado, y viceversa, si el fundo dominante viene dividido la servidumbre, es debida a cada porción del mismo con la limitación única de que no se haga más gravosa la condición del sirviente, por lo que en el caso citado cada propietario de una porción del fundo dominante, deberá usar de él en el mismo lugar (art. 644). Análogamente cuando corresponda a varios el fundo sirviente o el dominante, cada uno de los condóminos se halla obligado a soportar la carga o autorizado a obtener de él ventaja. La misma naturaleza de la servidumbre (1), la cual no puede constituirse por partes (2).

De esto deriva que cuando el fundo sirviente pertenezca a varios en condominio, todos los condóminos, indistintamente, deben consentir en su constitución; la servidumbre concedida por uno sólo de ellos no se considera establecida, sino cuando los demás la hayan concedido también conjunta o separadamente (art. 636); en el período que media entre el consentimiento de los primeros y el del último, no hay adquisición de derecho real, sino una simple relación obligatoria, que liga a los concedentes y prohibiendo el retirar su consentimiento una vez ya prestado, vincula no sólo a sus sucesores a título universal, sino también a aquellos que lo son a título particular, impidiéndoles que obstaculicen el ejercicio del derecho concedido (art. 636, párrafo 3.º). Análogamente si son varios los condóminos del fundo dominante, la adquisición de la servidumbre no es perfecta, sino cuando todos la hayan aceptado, salvo que el acto realizado por uno de ellos no deba o pueda interpretarse como una *utilis gestio* a favor de los demás. No son otra cosa que aplicación de tales principios las reglas dictadas por los artículos 671 y 672 del Código civil, relativas a la extinción de las servidumbres por el no

(1) Pomponio, *Fragm. regul. Et servitutes dividi non possunt: nam larum usus ita conexas est, ut qui eum partiatur, naturam eius corrumpat.*

(2) Ulpiano, fr. 6. § 1. D. 8. 4. *Si quis partem aedium tradet vel partem fundi non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest sed nec adquiri.*

uso. Dada la indivisibilidad, si el fundo dominante pertenece a varias personas en común, no se requiere el uso de todas para que la servidumbre no prescriba, bastando el uso de una sola para impedir la prescripción en perjuicio de todas (art. 671); es más, toda causa de suspensión o interrupción de la prescripción que sea personal a uno de los condóminos, aprovecha también a los demás por la inseparabilidad de la relación que los une.

Pero con este concepto de la indivisibilidad de la relación no se debe confundir el de la indivisibilidad del contenido económico de la servidumbre. En el segundo aspecto, la servidumbre será en ocasiones divisible o indivisible, según que la ventaja que procura pueda o no distribuirse entre varias personas; es el objeto de la misma el que decide y basta notar que el objeto es divisible cuando consiste en un disfrute de productos (como en el acueducto, en el *aquae haustus*, en el *ius cretae eximendae*, indivisible cuando consiste en un simple uso del fundo o en una facultad de prohibir) (1).

f) *Perpetuidad de la causa*.—Fué por largo tiempo opinión de los romanistas, basada en un texto de Paulo (2), que las servidumbres debían tener una causa perpetua, por la que se entendía (según la doctrina más corriente) una necesidad duradera del fundo dominante y una aptitud duradera también del fundo sirviente para satisfacer aquélla. La existencia de tal requisito es hoy, si bien no sin oposición (3), negada, relativamente al Derecho romano (4), en el cual la *perpetua causa* tenía un significado muy diverso y se refería a la servidumbre en materia de aguas, es decir, que ésta no podía ser constituída, sino sobre agua pe-

(1) Ver sobre la materia Longo, *Indivisibilitate delle servitu prediali*; Bianchi, *Servitu legali*, pág. 218 y siguientes, Zachariae-Crome, Man. I, § 217, pág. 619, núm. 4; Venzi en Pacifici, Ist. III, 2. pág. 28, núm. 4.

(2) Fr. 28. D. 8. 2. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno coscedi aquaeductus potest.*

(3) Ferrini, *Sulla perpetua causa nelle serv. pred.* (Arch. giur., L. 1893, página 388 y siguientes; Pand. § 376, pág. 486, núm. 2; Brugi en Glück, Pand. VIII, ap. pág. 55 y siguientes.

(4) Perozzi, *Perpetua causa nelle servitu prediali romane* (Riv. it. p. le sc. giur., XIV, 1893, pág. 175 y siguientes); Ist. dir. rom., págs. 285-286.

renne, sobre agua viva y de aquí la consecuencia de que el *aquae ductus*, el *aquae haustus* no se podían constituir *ex capite, ex fonte*. Esto hace más difícil la solución del problema de si en Derecho moderno el requisito de la perpetuidad—entendida en el primer sentido y no en el especial de las aguas—es o no exigido. Niegan los más que el derecho nuevo lo exija y admiten solamente que pueda hablarse de perpetuidad en el sentido que diversamente de otros derechos reales como el usufructo, las servidumbres no son por naturaleza temporales, no se extinguen con la extinción de la persona (1). Nosotros creemos que—entendida con discreción—lo durable del servicio se debe considerar como requisito de la servidumbre; no obstante la amplia libertad conferida a los propietarios de establecer cuantas quieran a cargo a favor de sus fundos, repugna a la naturaleza de las mismas y es contrario a la utilidad general de una propiedad fundiaria, no excesivamente gravada, la idea de satisfacer una necesidad pasajera transeunte del actual poseedor del fundo dominante y constituir en servidumbre un fundo que tenga aptitud efímera para prestar el servicio.

g) *Vicinitas*.—Deben los fundos ser vecinos o sea hallarse en una tal relación topográfica entre sí que permita el que uno preste al otro el servicio, aunque sea mediatamente. No se requiere la contigüidad, y en tal sentido es interpretada la regla romana *pradia vicina esse debent* (2), de modo que si originariamente se exigió la contigüidad, más tarde no fué exigida. Hay que tener presente, sin embargo, que las servidumbres se constituyen frecuentemente entre fundos colindantes y algunas son inconcebibles sin la condición objetiva de la contigüidad (servidumbre de desagüe de edificios, de apoyo).

III. *Categorías*.—Sobre la base del doble criterio de la continuidad y la apariencia con que la servidumbre se actúa y manifiesta, distingue el Código en las servidumbres establecidas por hecho del hombre las continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes. A estas dos distinciones que el Derecho romano

(1) Ver Aubry et Rau, Cours. III, § 247, pág. 115; Planiol, Traité I, número 2.888.

(2) Ver Fr. 5, § 1. D. 8. 3; fr. 1, pr. D. 8. 2; fr. 38, 39, D. cód.

ignoraba, el Código hace en los artículos 617 y 618, hay que añadir una tercera no ignorada de aquel Derecho: la de las servidumbres afirmativas y negativas. La importancia de la triple distinción es capital para la teoría de la adquisición y pérdida, como se verá más adelante.

a) *Afirmativas y negativas*.—Se funda esta categoría en la facultad correspondiente al titular de la servidumbre de realizar actos en el fundo sirviente o establecer prohibiciones y coincide con el posible doble contenido anteriormente examinado (*patis non facere*). Son afirmativas las que confieren el derecho de usar de algún modo del fundo ajeno (como el pasar por él, el tomar agua de él, el tomar vistas sobre él); negativas aquellas que autorizan solamente el impedir el libre uso del fundo sirviente (como la *servitus altius non tollendi*) (1).

b) *Continuas y discontinuas*.—Según la textual definición del Código (art. 617), «son continuas las servidumbres cuyo ejercicio es o puede ser continuo, sin que sea necesario un hecho actual del hombre: tales son los acueductos, desagüe de edificios, vistas y otras semejantes; discontinuas aquellas que requieren un hecho actual del hombre para poder ser ejercitadas: tales son las de paso, toma de agua, conducir el ganado a pastar y otras semejantes». El criterio sobre el que se basa la distinción es, pues, la continuidad o discontinuidad del ejercicio independientemente de un hecho actual del hombre, no la continuidad o discontinuidad de la posesión que es concepto diverso, pudiendo muy bien darse posesión continua de una servidumbre discontinua. Requiere, en efecto, la ley para que una servidumbre pueda llamarse continua el que ésta en su función o ejercicio no necesite del hecho actual del hombre, de donde se concluye que es doble el elemento de la discontinuidad: la necesidad de tal hecho y la actualidad del mismo.

Así en los ejemplos citados por el propio legislador son discontinuas las servidumbres de paso, de *aquae haustus*, de pasto, porque su ejercicio requiere el acto de pasar por el fundo sir-

(1) La distinción se consignaba textualmente en algún Código anterior al vigente, por ejemplo, en el parmense (art. 496) y se presupone en el nuestro (art. 631).

viente, de tomar agua, de llevar el ganado a apacentar en las servidumbres de acueducto, de desagüe de edificios, de vistas, el fundo dominante obtiene el beneficio del sirviente, sin necesidad de acto alguno del hombre, por el natural curso de las aguas en la conducción o por su natural caída en el fundo ajeno, o por la luz, el aire, la vista que ofrece una ventana. Sobre la determinación del elemento de la actualidad, hay algunas discrepancias. Sin embargo, si se está de acuerdo en que la necesidad de actos preparatorios para iniciar la servidumbre (por ejemplo, en el acueducto que se use a intervalos, el hecho de abrir la compuerta para hacer pasar el agua al canal) no priva a ésta del carácter de continua; se discute hasta qué punto el concurso de la obra de hombre debe ser necesario para poderse decir actual: si se exige que el concurso acompañe al ejercicio de la servidumbre hasta que cese aquél, o basta que se de al iniciarse como factor principal del ejercicio mismo que se desenvuelve luego, secundado por la Naturaleza. Hay un concurso de la primera especie en la servidumbre de paso que se inicia se desenvuelve y cesa con el acto de pasar, de la segunda en el de la letrina en que el acto del hombre es igualmente necesario, pero sólo en el comienzo para verter las aguas sucias en los canales de desagüe; pero el desenvolvimiento ulterior del ejercicio tiene lugar por sí y naturalmente. Sobre esta última servidumbre especialmente, surgió la cuestión que aún se debate; algunos creen que el hecho inicial del hombre no es aquí diferente de aquellos actos preparatorios, que como, por ejemplo, en el acueducto consisten en hacer pasar el agua a la conducción; otros, que es precisamente el acto del hombre el que inicia la servidumbre y es el factor principal de la misma. Nosotros creemos más exacta esta última opinión; la discontinuidad se da siempre que el concurso de la obra humana no sea una modalidad del ejercicio, sino la causa misma de la que éste depende, aunque en el desenvolvimiento ulterior, la acción de la Naturaleza lo secunde (1).

(1) En sentido contrario ver, entre otros, Baudry-Lacantinerie y Wahl, *Dei veri*, núm. 1.089, pág. 839 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 328 y siguientes.

c) *Aparentes y no aparentes*.—Declara el art. 618 que servidumbres «aparentes son aquellas que se manifiestan con signos visibles, como una puerta, una ventana, un acueducto; no aparentes las que carecen de signos visibles de su existencia, como la prohibición de edificar sobre un fundo o la de edificar a una altura determinada». Prescinde también esta distinción de la apariencia o no de la posesión, no habiendo relación alguna entre la apariencia de la servidumbre y la publicidad de su posesión; descansa en un elemento material: la existencia o inexistencia de signos exteriores y visibles que, según la naturaleza de la servidumbre, podrán hallarse en el fundo dominante o en el sirviente.

Las relaciones en que están las dos distinciones antes indicadas son de una plena y perfecta independencia. Fundadas en criterios totalmente diversos, en ningún caso la categoría de las continuas o discontinuas coincide con la de las aparentes o no aparentes y viceversa; y hay que evitar el error de creer que la existencia de signos visibles en una servidumbre discontinua (por ejemplo, una puerta o un puente en una servidumbre de paso) la transforme en continua. Cada servidumbre, según la concurrencia de uno u otro requisito, tendrá el carácter de una u otra categoría; de modo que combinando ambos criterios todas serán continuas y aparentes (por ejemplo, acueducto, vistas), continuas y no aparentes (ejemplo, *altius non tollendi*), discontinuas y aparentes (ejemplo, paso con puerta de acceso), discontinuas y no aparentes (paso simple, *aquae haustus*).

IV. *Constitución*.—De qué modo y por quién pueden constituirse o adquirirse las servidumbres, lo declara el Código en los artículos 629 y 638 y en otros lugares que para la unidad de exposición deben ser aquí tratados.

a) *Modos de constitución*.—Ante todo, en cuanto a los modos, tres son admitidos por la ley: el título, la usucapión y la destinación del padre de familia. Pero no todos se aplican a toda clase de servidumbres ya que, excepción hecha de las servidumbres continuas y aparentes, que pueden establecerse de los tres modos indicados (art. 629), todas las demás, las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes,

sólo por título pueden establecerse (art. 630). La razón fundamental por la que todas las servidumbres en las que no concurre el doble carácter de la continuidad y la apariencia se declaran inidóneas para ser adquiridas por usucapión o destino del padre de familia, estriba en el propósito del legislador de impedir que un estado precario, una tolerancia de los actos realizados sin derecho, por pura condescendencia de buena vecindad, pueda transformarse en un estado permanente y de derecho; sólo la apariencia y la continuidad podían excluir el peligro de que el acto de benevolencia y tolerancia redundase en perjuicio del propietario; además, con esto se tiende a eliminar toda posible controversia en cuanto a la estimación de los actos de posesión. Y se fué tan adelante en esta dirección, que se sintió la necesidad de declarar que ni siquiera una posesión inmemorial bastaría a constituir una de estas servidumbres (art. 630, párrafo 1.º) (1).

α) *Título*.—Es título todo acto *inter vivos* oneroso o gratuito y todo acto *mortis causa* con que el propietario declara su voluntad de poner un fundo al servicio de otro. El acto debe consignarse por escrito cuando se trate de convención (artículo 1.314, núm. 2.º) y responder, además, a los especiales requisitos exigidos por la ley cuando consista en una donación o en una disposición testamentaria. Es inútil añadir que cuando se trate de actos entre vivos debe ser hecho público mediante la transcripción, para que pueda producir efectos contra terceros (artículo 1.932, núm. 2.º). El título puede ser substituído mediante un acto de reconocimiento, es decir, por una declaración escrita que contenga el reconocimiento de la existencia de la servidumbre por parte del propietario del fundo sirviente. Es consecuencia del principio ya expuesto de ser el título el único modo de constitución de las servidumbres continuas no aparentes y de las discontinuas aparentes o no, la regla contenida en el art. 634, según la cual cuando el título falte no puede ser su-

(1) Si en todo esto se ha exagerado requiriéndose para la usucapión a más del requisito de la apariencia que por sí solo hubiera bastado el de la continuidad, es cuestión enlazada con las eventuales reformas del Código y no puede ser aquí discutida. Bianchi, *Servitu legali*, pág. 244; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 2. pág. 333 y siguientes.

plido sino por un acto escrito de reconocimiento por el propietario del fundo sirviente. Al acto de reconocimiento debe equipararse la sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

β) *Usucapión* (1).—Pueden, merced a la posesión prolongada por el tiempo prescrito en la ley adquirirse solamente las servidumbres continuas y aparentes (artículos 629 y 630); se excluyen todas las demas (continuas y no aparentes, discontinuas) con las salvedades que se harán más adelante (2). La posesión debe ser legítima, responder a los requisitos indicados en el artículo 686. El tiempo puede ser los treinta años o el decenio cuando se haya adquirido por un título viciado, pero no nulo por defecto de forma, que haya sido transcrito debidamente (artículo 2.137). De la posibilidad de aplicar la usucapión decenal (excluida en el Derecho francés por los artículos 2.264, 2.265 y 690) parece debiera dudarse por la locución empleada en nues-

(1) Sobre la materia y relativamente al derecho romano, Ascoli, *L'usucapione delle servitu nel dir. rom.* (*Arch. giur.*, XXXVIII, 1887, página 51 y siguientes, 198 y siguientes); Bonfante, *La praescriptio longi temporis delle servitu* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVI, 1893, pág. 177 y *Scritti giur.*, II, pág. 956 y siguientes); Perozzi, *I modi pretori di acquisto delle servitu* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XXIII, 1897, pág. 1 y siguientes); Partsch, *Die longi temporis praescriptio im Klass. röm. Recht*, 1906, pág. 106 y siguientes; Krüger, *Die prätorischen servituten*, Munster, 1911; Albertario, *La protezione pretoria delle servitu romane* (*Filang.*, XXXVII, 1912, página 207 y siguientes. Relativamente al derecho civil, Chironi, *Acquisto delle servitu mediante prescrizione* (en *Quest. di dir. civ.*); Coviello, *Della usucapione delle servitu prediali nel dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, X, 1890, página 161 y siguientes); *Ancora delle usuc. delle servitu prediali*, Napoli, 1894; *Della usuc. decennale ecc.* (*Giur. it.*, 1902, 1, pág. 657 y siguientes); Gabba, *Dell acquisto delle servitu contiune ed apparenti per usuc. decem.*, (*Foro it.*, 1903, I, pág. 1.285); Ramponi, *Lineamenti d'une teoria sulla usucapione delle servitu prediali sec. il. c. c. it.* (*Mem. d. R. Acc. Sc. di Bologna*, 1910-1911, pág. 3 y siguientes; 1912-13, pág. 115 y siguientes); *Prescrittibilità acquisitive decennale di servitu prediali* (*Giur. it.*, 1917, IV, pág. 27 y siguientes); Marracino, *L'acquisto delle per prescrizione*, Firenze, 1911.

(2) Y salvo el caso de adquisición hecha bajo legislaciones anteriores que admitían la usucapión incluso para éstas, cuando el tiempo de la prescripción haya transcurrido íntegro antes de la entrada en vigor del Código italiano (ver disp. trans. art. 21).

tro art. 629 el cual, hablando de la prescripción de treinta años, parece excluir toda otra prescripción más breve.

Conviene observar que el art. 2.137—cuyo contenido expresa la regla general—habla de adquisición de inmuebles o derechos reales inmobiliarios, y entre éstos figuran, en primer término, las servidumbres; la locución del art. 629 debe considerarse relacionada con la usucapión más usual que obra con la sola base de la posesión sin concurso del título (1). Presupone, pues, la usucapión que se haya poseído la servidumbre por treinta o diez años y (puesto que se aplica a las servidumbres continuas y aparentes) que se den en el fundo dominante o en el sirviente los signos exteriores por los que se manifiesta su existencia, siendo, por lo demás, indiferente la cuestión de quién haya realizado las obras o con qué intención las haya realizado el propietario del fundo dominante.

En cuanto al momento en que la usucapión comienza a correr, establece el art. 631 que «en las servidumbres afirmativas la posesión útil para la prescripción se computa desde el día en que el propietario del fundo dominante comenzó a ejercitarla en el fundo sirviente»; lo cual, tratándose de servidumbres aparentes, equivale a decir que comienza en el día en que se hayan realizado las obras. Pero a esta primera parte del artículo sigue una segunda que se refiere a las servidumbres negativas, cuya interpretación ha provocado gravísimas discusiones. «En las servidumbres negativas la posesión comienza desde el día de la prohibición hecha con acto formal por el propietario del fundo dominante al propietario del sirviente para restringir el uso libre de éste en el mismo». Cuando se considere que las servidumbres negativas, consistiendo en una facultad de prohibir, son siempre no aparentes, la antinomia entre esta disposición, que

(1) Sin embargo, no hay conformidad. Contra muchos que se expresan en el sentido del texto (Pacifi, *Ist. III*, 2. pág. 246; Gabba, *Nuove quest. di dir. civ.*, II, pág. 9 y siguientes; Pugliese, *Prescr. acc.*, núm. 317; Coviello en *Riv. it. p. le sc. giur.*, X, pág. 197 y siguientes, etc.), hay otros que excluyen la prescripción decenal interpretando taxativamente la disposición del art. 629 (Sacchi, *Servitu pred.*, pág. 608; Venzi en Pacifi, *Ist. III*,; pág. 345 y siguientes).

fijando en el *dies contradictionis* el momento inicial de la posesión útil en la usucapión, las presupone susceptibles de ser usucapidas, y el precepto general del art. 630, que excluye de la usucapión las servidumbres no aparentes, sean continuas o discontinuas, resulta gravísima e incorregible según algunos autores, que han llegado a la conclusión de creer que debe considerarse como no escrito aquel párrafo especial del art. 631 (1). Pero tal consecuencia es rechazada por los más, pareciendo (y con razón) inadmisibile un error legislativo y una antimonia entre dos artículos consecutivos. Muchos han sido los intentos para conciliar ambas disposiciones y dos especialmente deben ser aquí consignados. Uno, el más sencillo, atribuye a la norma del artículo 631 la función de integrar y completar la precedente en cuanto que declara que las servidumbres no aparentes, por regla general no usucapibles, lo son cuando concurren algunas condiciones especiales, es decir, cuando se da un acto de contradicción del propietario del fundo dominante que prive a la posesión de todo vicio de ambigüedad (2). El otro, más ingenioso, parte del concepto (ya aceptado) que la usucapión de las servidumbres, en general, pueda realizarse no sólo con la prescripción de treinta años, sino también con la decenal, y afirmando que supuesto del párrafo 1.º del art. 631 es la constitución de una servidumbre no aparente a base de un título vicioso (*a non domino*), considera sentado por el citado párrafo el principio de que en tal caso el decenio no corre (como ordinariamente) desde el día de la transcripción, sino desde el de la contradicción (3).

(1) Así por ejemplo, Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 244 y siguientes; *Tratt. di servitu pred.*, núm. 75 y siguientes; Scotti, *Le servitu imprescrittibili e la contradizione* (*Giornale d. leggi*, 1879, pág. 4).

(2) Conforme, si bien con alguna diversidad de argumentación y de reconstrucción de las relaciones entre ambos artículos, Mirabelli, *Prescr.*, número 267 y siguientes; Pugliese, *Prescr. acq.*, núm. 30 y siguientes; Borsari, *Comm.*, II, art. 631; Chironi en *Riv. it. p. le sc. giur.*, 1888, página 35, etcétera.

(3) Coviello, *Usucapione delle servitu prediali nel dir. civ. it.* Una ulterior y reciente explicación es dada por Venzi en Pacifici, *Ist.* III, 2, página 336 y siguientes; en su opinión, todo el art. 631 se refiere solamente a las servidumbres continuas y aparentes dictando en su primera parte la

γ) *Destino del padre de familia* (1).—Halla su origen este modo de adquirir en el Derecho común, en el cual se admitió que cuando de dos fundos pertenecientes a un solo propietario hubiera sido por éste el uno destinado al servicio del otro con obras o con signos tales que si hubiesen pertenecido a dos propietarios distintos, estas obras o signos hubieran denotado la existencia de una servidumbre, pudiera sin más considerarse constituida al separarse ambos fundos. Es, pues, un modo tácito de constitución de la servidumbre en el que el destino del único propietario originario substituye al título y actúa apenas se hayan dado las condiciones objetivas necesarias para la existencia de la servidumbre; es decir, obra en el momento en que cesa con la separación aquella pertenencia a uno solo que (por la regla *nemini res sua servit*) hacía imposible el que surgiera un *ius in re aliena*, siempre que una declaración contraria de voluntad no la haya excluído.

El Código italiano ha acogido y disciplinado la institución en los artículos 632 y 633: «El destino del padre de familia tiene lugar cuando consta por cualquier género de prueba que dos fundos actualmente divididos han sido poseídos por el mismo

norma para el cómputo del tiempo en las afirmativas, en la segunda para las negativas. Esto implica que las servidumbres continuas y aparentes pueden ser tanto afirmativas cuanto negativas; y es, añade, un falso supuesto aquel de que han partido todos los autores: el de que las servidumbres negativas son siempre no aparentes; él afirma que también las negativas pueden ser aparentes. Contra esta doctrina hay que objetar, sin embargo, que (a nuestro parecer) falsea un tanto el concepto de la apariencia y del valor que se debe atribuir a los signos visibles. En el mismo supuesto de Venzi, se inspira Marracino, *L'acquisto delle servitù per prescrizione*, pág. 143, quien intenta una nueva y más complicada construcción a la que no podemos adherirnos.

(1) Ver Windscheid, *Ueber die Begwindunh der Servituten durch destination du pere de famille* (*Rhein Arch.*, XXXIV, pág. 1 y siguientes); Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo delle servitù prediali*, Napoli, 1886; Weigert, *Beitrag zur Lehre der Stillschweigenden servitutbestellung*, Cassel, 1887; Sala Contarini, *La destin. del padre di f. come mezzo costitutivo di serv. pred. nel dir. rom.*, Girgenti, 1895 y sobre éste, Riccobono, *La destinaz. del padre di famiglia* (*Riv. it. p. le sc giur.*, XXI, 1896, pág. 380 y siguientes).

propietario y que éste estableció y dejó las cosas en el estado del cual resultó la servidumbre». «Dejando ambos fundos de pertenecer al mismo propietario sin disposición alguna relativa a la servidumbre, se entiende ésta establecida activa y pasivamente a favor y sobre cada uno de los fundos separados». Aplicable solamente a las servidumbres continuas y aparentes (si bien alguno haya querido sostener contra el claro precepto del artículo 630 la idoneidad de las discontinuas con tal que sean aparentes para constituirse en esta forma (1), el destino del padre de familia debe reunir los siguientes requisitos: 1) un *estado de hecho* del que resulte el destino de un fundo al servicio del otro con obras o signos visibles que manifestarían la existencia de una servidumbre si ambos fundos pertenecieran a propietarios distintos; 2) un *destino permanente*, como requiere, por regla general, la naturaleza misma de la servidumbre de modo que el servicio se preste al fundo y no represente una venataja meramente personal y transitoria que obtenga el propietario sin ánimo de crear una relación objetiva y duradera entre los fundos; 3) dos fundos entre los cuales se constituye tal relación objetiva o dos partes de un mismo fundo, como racionalmente ha admitido la doctrina, extendiendo la fórmula legislativa al caso en que un único fundo resulte dividido en dos que asumiendo autonomía e independencia puedan prestarse un servicio recíproco; 4) una separación jurídica de los dos fundos o de las dos partes por una forma cualquiera de enajenación voluntaria o forzosa que haga adquirir la propiedad a personas diversas.

b) *Capacidad del constituyente y del adquirente*.—Aplicando a las servidumbres las normas ordinarias sobre la capacidad de enajenar, la regla general es que sólo el propietario del fundo sirviente capaz de disponer puede constituir servidumbre sobre el mismo; si son varios los propietarios precisa el consentimiento de todos los condóminos (y en el tiempo intermedio entre el consentimiento de los primeros y el del último se aplican las

(1) Fiore, *Se la servitu discontinua aparente possa essere stabilita con la destinazione del padre di famiglia* (Atti d. R. Acc. di Napoli, 1906); Iannuzzi, *Della destin. del p. di fam. nelle servitu discontinue apparenti sotto l'impero del Cód. civ. fr. e pap.* (Filang. 1881, pág. 489 y siguientes).

normas del art. 636 antes recordadas); si se trata de propiedad sujeta a resolución o revocación no falta la capacidad, pero la servidumbre sigue la misma suerte que el derecho de propiedad. La regla general sufre, por una parte, limitaciones derivadas de la existencia de derechos reales correspondientes a terceros sobre el fundo; por otra resulta ampliada con respecto a las personas que no teniendo la propiedad del fundo son capaces de imponer con él limitaciones. *Restricciones* se dan: 1) en el caso del fundo hipotecado, porque si el propietario puede imponer en él servidumbres, éstas no deben perjudicar su condición o disminuir la garantía de los acreedores que inscribieron hipoteca antes de la constitución de la servidumbre y pueden por esta razón enajenar el fundo en pública subasta como libre (artículos 1.932 y 1.942); 2) en el caso del fundo sujeto a usufructo porque no puede el nudo propietario, sin consentimiento del usufructuario, constituir servidumbres que perjudiquen el derecho de éste; de lo que se deduce que le es lícito imponer las demás, y con el consentimiento del usufructuario, incluso aquellas que disminuyan su derecho de usufructo (art. 635) (1). *Ampliaciones* pueden hallarse: 1) en el caso del fundo enfiteutico sobre el cual es permitido al enfiteuta constituir servidumbre (2) con la sola limitación que cesaran al extinguirse la enfiteusis (art. 665); 2) en el caso del fundo dotal con relación al marido, al cual, aun no siendo propietario (3), se concede la misma facultad, salva idéntica limitación, en cuanto a la duración, extinguiéndose la servidumbre con la disolución del matrimonio (art. 665).

En lo que respecta a la capacidad de adquirir servidumbre,

(1) Es inútil añadir que el usufructuario en tanto tiene el derecho de gozar de las servidumbres inherentes al fundo (art. 494) no podrá constituir servidumbres a cargo de tal fundo; cuando preste un particular servicio a otro, se creará una simple relación obligatoria, no un derecho real; y lo mismo se entiende del poseedor de buena y mala fe.

(2) Naturalmente se puede hablar de ampliación en cuanto el enfiteuta venga considerado como titular de un *ius in re aliena*; entraría en la regla general si se considera como un verdadero propietario. De esto más adelante se tratará.

(3) La derogación del principio es terminante, ya sea que el marido se considere usufructuario, ya se considere administrador.

también aquí la regla general es que no pueda adquirirlas sino el propietario del fondo dominante. Sin embargo, como la adquisición es acto favorable, mucho menor es el rigor en los diferentes casos de aplicación. En particular, todo acto de adquisición hecho por quien no sea propietario, puede considerarse como gestión útil en favor del dueño; el enfiteuta puede adquirirlas en ventaja del fondo enfiteútico y el marido en ventaja del fondo dotal, no hallándose en tales casos la servidumbre sujeta a resolución y subsistiendo, por tanto, cuando la enfiteusis se extinga o el matrimonio se disuelva (art. 665). La misma amplitud parece debiera admitirse en el caso (no expresamente contemplado en el Código e inverso del previsto en el art. 636) en que el fondo dominante pertenezca a varias personas, en el sentido de que la adquisición hecha por uno debe aprovechar a los demás y considerarse perfecta aun sin la aceptación de éstos. Pero aquí interviene el principio que rige en materia de condominio—por el cual a ninguno de los condóminos es lícito hacer innovaciones en la cosa común, aunque resulte ventajosa para todos, artículo 677—para impedir la eficacia de la adquisición e imponer, como ya se indicó, la aplicación de la misma regla contenida en el art. 636.

V. *Ejercicio*.—Las reglas que el Código establece en los artículos 639-661 sobre el modo de ejercitar las servidumbres que determinan los derechos y deberes de los propietarios del fondo dominante y del sirviente se hallan todas regidas por el sumo principio de que impera ante todo en la regulación de la relación la libre voluntad de las partes y que entre los estados de libertad y sujeción debe, en la duda, prevalecer el primero como más provechoso al interés general. La norma fundamental es, pues, que el contenido y los límites de los poderes correspondientes al titular de la servidumbre, así como la extensión de las limitaciones u obligaciones positivas que gravan el fondo sirviente, son determinados por el título o la posesión.

Más particularmente conviene observar:

a) *En cuanto al titular de la servidumbre*, que no puede hacer nada que no le esté consentido en el título o no sea conforme a la posesión, ni le es lícito hacer innovación alguna, tan-

to en el fundo sirviente como en el dominante, por el cual resulte más gravosa la condición del primero (art. 646). Cuando haya duda sobre la extensión de las facultades debe ejercitarse la servidumbre en los límites de lo que «es necesario para el destino y conveniente uso del fundo dominante con el menor perjuicio del sirviente» (art. 647). Dentro de tales límites tiene derecho de obtener del fundo sujeto todos las utilidades que corresponden al contenido específico de la servidumbre; su derecho «comprende todo lo que es necesario para usar de ella» (art. 639), o sea, que abraza a más de las llamadas *adminicula servitutis*, eventualmente otras y ulteriores servidumbres (*servidumbres accesorias*) que se entienden implícitas en la servidumbre principal cuando constituyan un medio indispensable para el ejercicio de ésta. Así, por ejemplo, en la servidumbre de tomar agua de la fuente ajena se comprende el derecho de paso por el fundo en que la fuente se halla; en el derecho de hacer pasar agua por el fundo ajeno se comprende el de pasar por las orillas del canal para vigilar la conducción y proceder a las limpiezas y reparaciones necesarias (art. 639, párrafos 1.º y 2.º). Las obras necesarias para usar de la servidumbre y conservarla se hallan a cargo del titular de ésta, a no ser que el título las ponga a cargo del propietario del fundo sirviente (art. 641), y salvas las especiales excepciones establecidas directamente por la ley en materia de concesión de agua (art. 649); pero cuando el uso de la cosa en la parte sujeta a servidumbre sea común a ambos, justamente la ley establece que las obras se costeen en común y en proporción a las respectivas ventajas (art. 641). Debe, además, el titular al realizarlas elegir el tiempo y el modo en que ocasione menor perjuicio al propietario del fundo sirviente (art. 640). Por último, como atenuación a la prohibición de innovaciones, la ley consiente que el propietario del fundo dominante pueda pedir el cambio de lugar para ejercer la servidumbre cuando pruebe que resulte para él notablemente ventajoso y no perjudicial al fundo sirviente (art. 545, párrafo último).

b) *En cuanto al propietario del fundo sirviente*, que la servidumbre, si bien restringe una o varias de sus facultades, no

puede suprimir las que son imprescriptibles, como, por ejemplo, la de cerrar el fundo; de aquí se deduce que si usa de tal derecho deberá dejar libre el acceso a quien ejercite, por ejemplo, la servidumbre de *aquae haustus* o de acueducto (art. 639, párrafo último). Debe, pues, abstenerse de los actos con relación a los cuales se da en el titular de la servidumbre la facultad de prohibirlos o tolerar los actos positivos de éste cuando se trate de servidumbre afirmativa; pero a más de esto tiene el deber de abstenerse de hacer «cosa alguna que tienda a disminuir el uso de la servidumbre o hacerlo más incómodo; no puede, por tanto, variar el estado del fundo ni transferir el ejercicio de la servidumbre a lugar distinto de aquel en el que fué originariamente establecida». Pero lo mismo que al propietario del fundo dominante, así también, y con mayor razón al del sirviente, le confiere la ley la facultad «de ofrecer otro lugar igualmente apto para el ejercicio de los derechos correspondientes al titular cuando el ejercicio de la servidumbre se hubiese hecho más gravoso para el propietario del fundo sirviente o le impidiese hacer en él obras, reparaciones y mejoras»; el favor del menor gravamen posible de los fundos implica que el propietario del fundo dominante no pueda rehusar el ofrecido desplazamiento (art. 645 (1)). Sólo excepcionalmente (salvo el caso de uso común), las obras necesarias a la conservación y uso de la servidumbre recaen en el propietario del fundo sirviente. Sin embargo, la ley concede a éste—como lo hacía ya el Derecho romano en la *servitus oneris ferendi*—la facultad de abandonar el fundo sirviente al propietario del dominante para librarse de la carga (art. 643). De qué modo este *ius derelinquendi* puede ejercitarse, no está determinado en la ley, pero debe entenderse que el abandono debe hacerse de todo el fundo cuando sobre todo él se ejercite la servidumbre (por ejemplo, pastos), y limitado a la parte en que se actúa la servidumbre cuando ésta afecte a una parte del fundo (ejemplo, un paso), quedando las demás partes

(1) Fadda, *Se speti al proprietario del fondo servente il diritto di sportare la servitu fuori dei limiti dello stesso fondo gravato* (*Foro it.*, 1903, I, página 1.285 y siguientes); Ciolfi: *Sull'ammisibilità del trasferimento della servitu del fondo servente al fondo di un terzo* (*Riv. univ.*, 1905, I, pág. 547).

sujetas a un eventual desplazamiento de la servidumbre cuando se den en el futuro las necesarias condiciones. La *derelictio* libera al sirviente de toda obligación, y cuando sea aceptada por el propietario del fundo dominante hace pasar a éste la propiedad del fundo sirviente.

VI. *Extinción*.—De los diferentes modos de extinción de las servidumbres, algunos son comunes a las demás clases de derechos (como el vencimiento del término, el realizarse la condición resolutoria, la resolución del derecho del constituyente, la renuncia), y éstos están regidos por reglas ordinarias; otros son especiales de las servidumbres o son regulados de modo especial para ellas y se resumen en tres: el cambio del estado de los fundos, la confusión y el no uso.

a) *Cambio de estado* (1).—Puesto que la servidumbre supone una relación objetiva o de hecho entre dos fundos que haga posible el que uno de ellos obtenga ventaja del otro, es lógico que aquélla se extinga cuando, alterada la relación, la prestación de aquel determinado servicio no sea ya posible; no puede haber una *aquae haustus* si la fuente se seca, ni tampoco un paso sobre el fundo ajeno que dé acceso a ésta; no puede haber una *servitus altius non tollendi*, si entre los dos fundos y sobre un tercero se edifica, etc. No precisa siempre un cambio de hecho; basta un cambio jurídico; uno y otro se hallan comprendidos en la fórmula general del art. 662. Las servidumbres cesan cuando las cosas se hallen en tal estado que no se pueda usar ya de ellas.

Pero así como la alteración es causa de extinción, también es justo que cuando las cosas se restablezcan de modo que se pueda ejercer de nuevo la servidumbre, ésta resurja. Esto dispone análogamente al Derecho romano el art. 663, añadiendo también como aquél que el restablecimiento de la servidumbre tendrá lugar solamente cuando no haya transcurrido un período de tiempo bastante a extinguirla. Es, pues, necesario que el resta-

(1) Carnazza: *L'estinzione delle servitu entoritu rei*, Catania, 1883; Fadda, *Estinzione delle servitu prediale per unitamenta arrenuti nel fondo serviente* (Filang. XXIII, 1898, pág. 24 y siguientes).

blecimiento de la servidumbre se verifique dentro de los treinta años desde la fecha en que el cambio de estado hizo imposible el ejercicio de la servidumbre; si se verificase luego la servidumbre, resultaría definitivamente extinguida (1).

b) *Confusión*.—Como no es posible constitución de servidumbre si ambos fundos pertenecen a un solo propietario, así, por el principio *nemini res sua servit*, se extingue cuando reuniéndose en una sola persona la propiedad de los fundos dominante y sirviente, falte uno de los requisitos para su existencia (art. 664).

c) *No uso*.—Se extinguen las servidumbres, finalmente, por prescripción cuando no se usen por espacio de treinta años (2). Las limitaciones que la ley establece en la adquisición de una sola categoría de servidumbres (continuas y aparentes), con referencia a la prescripción adquisitiva, no tiene valor alguno respecto a la extintiva, que se aplica a todas las especies. Sin embargo, la distinción en continuas y discontinuas tiene también aquí importancia en lo que se refiere a la fijación del momento en que el tiempo prescripcional comienza a correr. Ya que si en las discontinuas, requiriéndose un hecho actual del hombre para

(1) No se puede adherir a la opinión profesada por algunos autores según la cual, los treinta años comience a correr desde el día en que, restablecidas las cosas, no se haga uso de la servidumbre y no desde aquel del cambio o alteración que hizo imposible el ejercicio de la servidumbre en aplicación de la máxima *contra non valentem agere non currit praescriptio*: ésta resulta precisamente excluída por el art. 663. Ver Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 171, núm. 7 y la literatura en él citada.

(2) Sobre si se puede admitir a más de la prescripción extintiva de treinta años, una extinción de la servidumbre por prescripción adquisitiva decenal de la libertad del fundo, hay gran controversia. Algunos autores creen que como la posesión de buena fe y con justo título prolongada por diez años hace adquirir la propiedad, así, y con mayor razón, una posesión igual debe poder hacer adquirir una propiedad libre, lo que determinaríala extinción de la servidumbre por prescripción decenal. Este concepto, que reproduce en nuestro derecho la *usucapio libertatis* romana, es negado por muchos; ver Claps, *L'usucapio libertatis e la prescriz. decennate* (*Foro it.*, 1898, pág. 204 y siguientes); Zachariae-Crome, Man. I, § 225, pág. 643, núm. 4; Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 177, núm. 23; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 400 y siguientes.

su ejercicio, puede determinarse el comienzo del no uso, fijándolo el día en que cesó el uso de la servidumbre (y el momento será, no el último acto de ejercicio, sino el posterior en que según su naturaleza la servidumbre hubiera podido ejercitarse), en las continuas el no uso no puede interpretarse en igual forma; por esto la ley prescribe que se entiende aquél comenzado el día en que se hizo un uso contrario a la servidumbre (art. 667). Y acto contrario es todo hecho material, ya provenga del propietario del fundo sirviente o de un tercero, que constituya impedimento para el ejercicio de la servidumbre; una protesta del propietario del fundo sirviente o una intimación legal de oposición no bastarían.

Ni, por otra parte, la subsistencia de obras encaminadas al uso impide la prescripción; excepcionalmente, en la toma de agua la ley consiente la permanencia del vínculo real cuando la presa o canal de derivación exista y se conserve en estado servible (artículo 669).

Del mismo modo que la servidumbre en sí, puede extinguirse el *modo* de la servidumbre (art. 668). Y como por *modo* se entiende, por regla general, toda modalidad de lugar, de medida, de extensión, que revista la servidumbre, según el título o la posesión, ello implica que la servidumbre originaria puede por un uso diverso o menor (por ejemplo, tomando agua a intervalos diversos o pasando sólo a pie y no a caballo) reducirse o modificarse con respecto a su primitiva existencia (1). Pero la servidumbre no se salva de la extinción por prescripción cuando se ejercite en tiempo diverso del determinado en el convenio o la posesión (art. 670).

La tutela jurídica de las servidumbres se actúa (prescindiendo de las acciones posesorias y de denuncia aplicables a ellas con ciertas modificaciones, art. 630) por una especial acción petitoria, la *actio confessoria*. El actor debe demostrar su derecho de servidumbre (porque la libertad del fundo se presume hasta

(1) Es muy discutida la cuestión relativa al significado que aquí debe atribuirse al modo y los límites en que se aplica el art. 668; ver Aubry et Rau, Cours III, § 255, pág. 178 y siguientes; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 298, número 45.

prueba contraria), así como el impedimento creado al ejercicio de su derecho. Con esta acción el titular de la servidumbre tiende a obtener el reconocimiento de su derecho y asegurar el libre ejercicio del mismo. Y como la confesoria es a las servidumbres lo que la *rei vindicatio* al derecho de propiedad, se aplican a ella con las oportunas modificaciones las reglas de ésta (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Servidumbres*.—El concepto legal de las servidumbres lo dan los artículos 530 y 531 del Código civil español.

Caracteres análogos a los estudiados en el texto encontramos establecidos en los artículos siguientes del Código civil; art. 530, que define la servidumbre como gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (*nemini res sua servit iure servitutes*), no habiendo contradicción sino simplemente impropiedad de lenguaje, como afirma Castán, en la manifestación del art. 541 referente a que, cuando entre dos fincas pertenecientes a un sólo propietario haya un signo aparente de servidumbre *continúe* la servidumbre, activa y pasivamente, si se enajenare una de ellas. Por virtud de esta disposición tiene lugar una *constitución* no una *continuación* de servidumbre.

El contenido pasivo de la servidumbre (considerada desde el punto de vista del dueño del predio sirviente) queda destruído también en el artículo 533 de nuestro Código, pero esto con el carácter accesorio y subalterno que muy certeramente acusa el autor en el texto al ocuparse del problema.

Las servidumbres son inalienables (no pudiendo separarse de la finca a que activa o pasivamente pertenecen (art. 534 del Código civil y 108 de la ley Hipotecaria).

Sobre ejercicio de este derecho art. 545 del Código civil).

Las servidumbres son indivisibles (artículos 535 y 597 del Código).

Clases de servidumbres: Reales y personales (artículos 530 y 531). Positivas y negativas (art. 533). Continuas y discontinuas (art. 532; la de acueducto es siempre continua (art. 561). Aparentes y no aparentes (artículo 532); la de acueducto tiene siempre la consideración de aparente (artículo 561). Legales y voluntarias (art. 536).

En el Código, las servidumbres se adquieren por la ley o por la voluntad de los propietarios (art. 536), por prescripción, (art. 537) con excepción de las continuas no aparentes y las discontinuas aparentes y no aparentes y por presunción (art. 541); este modo de adquirir tiene lugar solamente con respecto a las aparentes.

La prescripción de las servidumbres aparentes y continuas tiene en cuanto al tiempo la especialidad de señalar un sólo plazo de veinte años (artículo 537) y por esa especialidad hay que entender, como dice Castán (*Derecho civil español, común y foral*. Madrid. Editorial Reus, 1924, tomo I, pág. 376) que no requiere buena fe y justo título, ni son aplicables a ella las reglas generales de la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Sobre su contenido—derechos y obligaciones de los elementos personales de esta relación jurídica—, ver artículos 578, 542, 543, 544, 545 y 599

Sobre su extinción: artículos 546 y 547 del Código.

§ 61.--*Enfiteusis y superficie*

Filomusi, Enc. § 65; Brugi, Ist. § 49; Chironi, Ist. I, §§ 198-205; Pacifici, Ist. III, I, páginas 234-500 y siguientes; Zachariae, Man. I, § 183; Aubry et Rau, Cours., II, §§ 223-224 bis; Planiol, Traité I, número 2.524 y siguientes, 2.989; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 218-225.

El enumerar entre los derechos reales de goce de cosa ajena la enfiteusis y la superficie suponen resueltas ya las cuestiones capitales que alrededor de ambas instituciones se suscitan en nuestro Derecho civil; en estas dos figuras, anómalas ya en el Derecho romano, y de éste derivadas al nuestro, todo es discutido: la naturaleza, la estructura jurídica, la utilidad económica y práctica y hasta (en lo que respecta a la superficie) su efectiva supervivencia en la moderna ordenación de la propiedad. Nosotros creemos también que no de otra manera puede ser considerada la enfiteusis en el sistema legislativo italiano tal como resulta de las normas del Código y de la riquísima legislación especial sobre la materia, y lo aceptamos como un *ius in re aliena*, conforme a la tradición jurídica romana; no puede negarse al derecho de superficie la inclusión en el vigente ordenamiento, no obstante que el Código no lo mencione expresamente. Pero todo esto vendrá deducido del análisis de ambas instituciones, que, si bien guardan una relación de analogía entre sí, se diferencian también profundamente por su diversa función e importancia económico-social y por su historia respectiva.

I. *Enfiteusis*.—Compleja y laboriosa es la historia de la enfiteusis (1), que apareció muy tarde en el Derecho romano

(1) Ver para el Derecho romano, el medioeval, y común el germánico y el francés amplia bibliografía en Violett, *Hist. du dr. civ. fr.* 3.^a ed., página 707 y siguientes y para la doctrina moderna italiana, Corleo, *Storia della enfiteusi dei terrini ecclesiastici in Sicilia*, Palermo, 1871; Colamarino, *Del contratto d'enfiteusi*, Napoli, 1879; Simoncelli, *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e la moderne leggi d'affrancamento* (*Arch. giurid.*, XL, 1888, página 431 y siguientes); *Dell'enfiteusi*, Napoli, 1910; De Pirro, *Della enfiteusi*, 2.^a ed., Milano, 1907, y a más Segré, *Dell'enfiteusi sec. il dir. civ. e le leggi speciali* (*Riv. ital. p. le sc. giur.*, XLV, 1908, pág. 303 y siguientes.)

por influjo del helénico y asentó en el primero definitivamente con Justiniano y sufrió luego notables alteraciones en el Derecho medioeval y, sobre todo, en el feudal, que lo atrajo a su órbita, provocando por esto el que la codificación francesa lo desterrara y que le profesaran cierta aversión las legislaciones en éste inspiradas. Sus precedentes inmediatos fueron en el Derecho romano los arrendamientos de los *agri vectigales*, es decir, de los fundos de los Municipios o Colegios sacerdotales que eran arrendados a los cultivadores por largo tiempo o perpetuamente por el pago de un *vectigal*; su causa económica fué la necesidad de disfrutar tierras incultas, entregándolas perpetuamente o por un tiempo larguísimo, con la carga de pagar un canon anual, a los cultivadores, quienes, estimulados por la seguridad de su disfrute, por la facultad que tenían de transmitirlo hereditariamente, por la plenitud de poderes cuasi dominicales que la concesión les confería, empleaban en ellos actividades y capitales. De la concesión, que primero se limitaba a los fundos imperiales y luego se extendió a las tierras de los Municipios y de los grandes propietarios, nacían poderes tan amplios en el concesionario y protección tan enérgica por la naturaleza real de las acciones, que llegó a dudarse de si en esta relación no debía verse una venta. Hasta que la discusión surgida con ocasión de los *agri vectigales* y renovada para la enfiteusis fué resuelta por Zenón, con declarar que el contrato enfiteútico no era ni venta ni arrendamiento, sino una relación *sui generis*, y de esto surgió la doctrina que veía en el enfiteuta el titular de un *ius in re aliena*, subsistiendo en el concedente la propiedad. Índice de ésta eran, no sólo el pago del canon, que no se podía bajo pretexto alguno reducir, ya fuera por destrucción parcial del fundo o por defecto de los productos, sino también (luego de la reforma de Justiniano) la obligación impuesta al enfiteuta de notificar al concedente la enajenación del propio derecho, la facultad concedida a éste, de ejercitar el derecho de prelación (*ius praelationis* o *protomiseos*) o de percibir, a título de reconocimiento, la quincuagésima parte del precio (laudemio), y, sobre todo, el derecho del propietario a readquirir en su integridad el propio dominio cuando el enfiteuta hubiese dejado de pagar el canon por tres años, dete-

riorado el fundo o no notificada la enajenación al propietario (1).

Cuando la enfiteusis penetró en los pueblos latinos y germánicos, al contacto con el feudalismo, sufrió algunas alteraciones por efecto del mismo, el cual si no la hizo instrumento para imponer cargas o para sujetar los cultivadores a los señores, halló en ella un campo apropiado para desenvolver sus instituciones y constituir la base de prestaciones serviles debidas por el vasallo, a quien el fundo era concedido, al señor, a quien correspondía el dominio eminente. Variaba así su función económico-social y en correspondencia a los conceptos germánicos de la pluralidad de los dominios en una misma cosa, según las utilidades distintas que ésta podía proporcionar; variaba también su construcción dogmática, al ver en ella una propiedad dividida entre concedente y concesionario, un *dominio útil* en el enfiteuta, representado por el cuasi ilimitado derecho de goce y de disposición del fundo, un *dominio directo* en el concedente representado por el derecho al canon y demás prestaciones más o menos gravosas que el señor solía añadir a aquél.

Por ello se explica que la legislación revolucionaria de Francia, adversa a todo lo que tuviese sabor feudal, diese un rudo golpe a la enfiteusis, prohibiendo en primer término las perpetuas, permitiendo tan sólo las de una duración máxima de noventa y nueve años (ley de 18 de Diciembre de 1790) y transformándola luego en una relación obligatoria de la naturaleza del arrendamiento cuando no tuviese los caracteres de un usufructo, como resulta de la ley de 9 de Mesidor, año III, y 11 de Brumario del año VII y del silencio del *code civil*, que no menciona la enfiteusis.

Sin embargo, la institución subsistió en la práctica y recientemente fué restablecida y completamente regulada por la ley de 25 de Junio de 1902 y más que en Francia continuó teniendo vida legal en Italia, en donde los Códigos anteriores (salvo el albertino) la mantuvieron, y el actual la acogió si bien con tan profundas modificaciones que desnaturalizó su íntima estructura,

(1) Para los textos romanos, ver c. 4. 66; fr. 1. 2 D. 6. 3; § 3. Inst. 3. 24; Nov. 7. 3. § 2; 120. 1. § 2.

privándole de gran parte de aquella utilidad que justificaba su conservación.

El sistema con que la institución es regulada por el Código civil (que la disciplina entre los contratos, artículos 1.556 y 1.567), representa el resultado de una poco afortunada transacción entre las opuestas corrientes de aquellos que la querían desterrar y de los que, rechazando las degeneraciones del Derecho intermedio, apelaban en defensa de su conservación a su origen romano y a su calidad de instrumento de la prosperidad agrícola nacional.

Excluída (aun cuando fuera innecesaria) toda idea de sujeción del enfiteuta y de carga de los inmuebles, pareció salutífero remedio contra la sujeción perpetua o cuasi perpetua del fundo y del concesionario el suprimir en el concedente el derecho de prelación en la venta y el de laudemio, confiriendo así ilimitada libertad de enajenación al enfiteuta y sobre todo atribuir a éste el derecho incondicional e inderogable de redimir el censo, pagando de una sola vez el capital, calculado a base del interés legal. Pero no se apercibieron los autores del Código que la institución así transformada no respondía a su función y resultaba prácticamente abolida; la posibilidad incondicional de redimir, conferida al enfiteuta de modo tan absoluto que prevalecía siempre frente a la contraria del concedente, la transformaba como ya se notó (1) en una especie de venta en que se dejaba al arbitrio del comprador la elección del momento para pagar el precio y por esto hacía que los propietarios evitasen un negocio que no les daba seguridad alguna de conservar íntegros sus derechos sobre los fundos concedidos (2). La legislación

(1) Ver Filomusi, Enc. giur., pág. 300 en nota.

(2) La experiencia ha demostrado, en efecto, que desde la publicación del Código han sido poco frecuentes las enfiteusis nuevamente concedidas; si algunas existen son supervivencias de las antiguas. Contra este abandono de la institución debido a la absoluta facultad de redención y en favor de una reforma general basada especialmente en la atenuación de tal facultad, advierte un notable movimiento entre los juristas y agricultores. Léase la notable relación de Simoncelli, *La riforma dell'enfiteusi*, Roma, 1904, a la «Sociedad de Agricultores italianos»; ver

posterior especial, cuyas leyes más notables son la de 2 de Julio de 1896, 2 de Agosto de 1897, 15 de Julio de 1906 y singularmente la de 31 de Marzo de 1904, ha subsanado en parte tales defectos y limitado algo la facultad de redención del enfiteuta.

a) *Naturaleza de la relación.*—Si luego de esta indicación histórica queremos considerar más de cerca la disciplina de la institución en el Código, la primera cuestión que se ofrece es la naturaleza de la relación que es muy discutida entre los civilistas. Precisa, ante todo, eliminar la doctrina del Derecho común sobre la errónea e injustificada distinción de los dos dominios; si aun hoy se habla de dominio útil y dominio directo, esto no tiene otro valor que el puramente terminológico y tradicional, sin contenido científico. La discusión recae sobre el punto de si la moderna configuración de la enfiteusis consiente aún el definir el derecho del enfiteuta, según la teoría romanista, como un *ius in re aliena*, reconociendo como propietario al concedente. Ahora bien, a esto se opone, según muchos autores (1) el más enérgico poder de disposición, conferido por la ley al enfiteuta, con relación al que le confería el Derecho romano, ya que si bien en éste el dominio del concedente resultaba muy comprimido, conservaba siempre la capacidad de expandirse mediante el ejercicio de la devolución y se afirmaba en la necesidad del consentimiento en las enajenaciones, con el ejercicio del derecho de prelación, con la percepción del laudemio en el momento en que el enfiteuta ejercitaba la más absoluta de sus facultades, realizando actos de disposición sobre el fundo. En el Derecho moderno, más que de comprensión, debe hablarse de supresión del dominio del concedente, no ya por la abolición del derecho de prelación y el de laudemio, sino por la facultad de redención, que prevaleciendo sobre el derecho a la devolución

además del mismo *L'indole economica del contratto di enfiteusi del c. c. it.* (*Arch. giur.*, XL, 1888, pág. 285 y siguientes); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giur.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, VI, 1888, página 65 y siguientes) y Valenti, *L'enfiteusi e la questione agraria*, Bologna, 1889.

(1) Ver Filomusi, *Enc. giur.*, § 65, página 299 en nota; Gianturco, *Its.* § 53, página 138.

coloca al enfiteuta en situación de un verdadero propietario, gravado simplemente con una carga real. Respondería a tal concepción todo el ordenamiento de la institución y el espíritu del Código que tienden a hacer posible en todo caso la liberación del fundo del gravamen del canon; ni de otra manera se debe concebir el fenómeno de la readquisición de la plena propiedad por el concedente en caso de devolución, que como una resolución de la adquisición hecha por el enfiteuta.

Pero los mismos autores que quieren reconocer en el enfiteuta un derecho de propiedad aunque resoluble en caso de devolución no están luego de acuerdo al definir el derecho del concedente; algunos consideran que es un *ius in re aliena*; otros un derecho de crédito con garantía real. Pero a esta última idea se opone la circunstancia de que el derecho del concedente es susceptible de hipoteca (art. 1.967, núm. 3) y por ello no puede ser un derecho de crédito; a la primera, una serie de consideraciones que inducen a retener conservada la propiedad en el concedente. Y, en efecto, si los derechos del enfiteuta son tan amplios que prevalecen sobre los del concedente, no desaparece por esto el derecho del último a la devolución que representa la propiedad en estado potencial (cuando concurren las condiciones requeridas), susceptible de reexpandirse y de adquirir de nuevo su primitiva plenitud. Ciertamente que la facultad de redención la ha reducido pero no anulado completamente, y por otra parte, esta misma facultad de redención (para explicar la cual no precisa recurrir al concepto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública), no sólo no es incompatible con la idea de un concedente propietario, sino que excluye la de la propiedad en el enfiteuta. Y si la tendencia de la ley es la de hacer en todo caso posible al enfiteuta la adquisición de la libre propiedad del fundo, de lo mismo resulta que hasta que el precio de la redención no se haya satisfecho la propiedad no puede considerarse transferida al enfiteuta (1).

(1) En este sentido la mayoría de los autores: De Pirro, *Enfiteusi*, página 12 y siguientes; Segré, *Dell'enfiteusi*, pág. 4 (del extracto); Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 501, núm. 1; Venzi, *ibid.*, pág. 529 y siguientes; Planiol, *Traité*, 1, núm. 2.994, etc.

Podemos, por tanto, definir la enfiteusis, tomando como base la definición que el Código ofrece para el contrato relativo (art. 1.556) «Un *ius in re aliena*, por el cual se concede al enfiteuta el derecho de gozar perpetua o temporalmente de un fundo con la obligación de mejorarlo y de pagar una prestación anual en metálico o en especie».

b) *Objeto y constitución.*—Tiene por objeto generalmente los terrenos para cuya mejora y roturación funciona la institución pero no se hallan excluidos los fundos urbanos a los que son aplicables, sino todas, las más importantes reglas de la enfiteusis. Se constituye generalmente mediante contrato que es la hipótesis prevista por el Código al regularla; pero puede resultar constituida también por acto *mortis causa* o surgir de una adquisición por usucapión. El acto constitutivo cuando se produzca *inter vivos* debe reducirse a forma escrita (art. 1.314, núm. 1) y sujeto a la formalidad de la transcripción para que sea eficaz con relación a terceros (art. 1.932, núm. 1).

c) *Elementos.*—Sus elementos principales son, por tanto, un fundo rústico o urbano concedido a goce perpetuo o temporal; la obligación de mejorarlo; un canon anual que puede consistir en dinero o en especie, debiendo ser previamente determinado. Sobre éstos descansa la construcción de la institución, cuya regulación especial se concede a la libre voluntad de las partes; las normas del Código no se aplican sino cuando las partes no hayan convenido diversamente (art. 1.557, párr. 1.º). Sin embargo, esta misma libertad está sujeta a restricciones por efecto de la declarada inderogabilidad de algunas normas legislativas en las cuales se advierte un cierto carácter de orden público o algo que es necesario a la existencia misma de la institución: son estas las contenidas en los artículos 1.562, 1.563, 1.564 y se refieren a la libre disponibilidad del fundo por parte del enfiteuta sin obligación de prestación alguna, a la prohibición de la subenfiteusis, a la obligación del reconocimiento cada veintinueve años, a la facultad de redención.

Prescindiendo de la especial regulación a que convencionalmente las partes hayan sometido la relación, y abstracción hecha de las notables desviaciones introducidas por las disposiciones

transitorias para la aplicación del Código (artículos 29 y 32), referentes a las antiguas enfiteusis, constituídas bajo el imperio de las precedentes legislaciones, así como de las adaptaciones que las nuevas leyes han introducido en algunas regiones de Italia como la Basilicata, Sicilia y Cerdeña y, sobre todo, relativamente a las enfiteusis concedidas por Cajas y otros entes agrarios, las líneas generales de la relación enfiteútica, pueden ser trazadas.

d) *Derechos del enfiteuta*.—Corresponden al enfiteuta sobre el fundo concedido, facultades casi iguales a las de un propietario: sus obligaciones son solamente las de pago de la pensión y mejora del fundo. En su conjunto, estas facultades se resumen en el triple derecho de *goce*, de *disposición*, de *redención*: 1) Hace suyos todos los productos del fundo y las accesiones y ejerce los mismos derechos que tendría el propietario en lo que respecta al tesoro y a las minas descubiertas en el fundo enfiteútico (artículo 1.561), puede abrir nuevas minas, apropiándose de sus productos, y hacer suyo el tesoro. 2) Tiene la facultad de disponer del fundo enfiteútico, de sus accesiones, ya por actos *inter vivos*, ya por actos de última voluntad, enajenando libremente el propio derecho, sin hallarse obligado a obtener el previo consentimiento del concedente ni a pagar a éste el laudemio (o cualquiera otra prestación análoga), que en las antiguas enfiteusis representaba la compensación al obtenido consentimiento y el solemne reconocimiento del dominio directo (art. 1.562). Caídas en desuso en reconocimiento de la libre comerciabilidad una y otra restricción y con ellas (lo cual quizás sea excesivo cuando no origina obstáculos a la libre enajenación), el derecho de prelación, que antes aseguraba al concedente la facultad de ser en igualdad de condiciones preferido a todo otro adquirente. El único límite a la libre transmisión del derecho es la prohibición de concederlo, a su vez, en enfiteusis, constituyendo la llamada subenfiteusis (art. 1.562). El enfiteuta tiene, finalmente, derecho a redimir el fundo, mediante el pago de un capital en dinero, correspondiente al canon anual calculado sobre la base del interés legal o al valor del mismo canon, si éste se paga en especie, calculado por el precio medio que alcanzó ésta en los últimos diez años (art. 1.564). Sería nula toda renuncia a tal derecho como sería

también nulo cualquier pacto que tendiese a hacer más gravoso para el enfiteuta el ejercicio de la redención. Por esto, mientras se admite el convenir el pago de un capital inferior, está prohibido el pagar un capital mayor; por excepción cuando se trate de enfiteusis por tiempo determinado que no exceda de treinta años, se consiente fijar un capital superior con tal que el exceso no supere la cuarta parte del indicado (1).

e) *Obligaciones del enfiteuta.*—De las obligaciones que incumben al enfiteuta, algunas son contenido esencial de la relación, otras consecuencia directa del pleno goce a él concedido. 1) Esencial es la del pago del canon, que representa la retribución del disfrute, que debe ser una suma o una cantidad en especie. Se presume calculado sobre la base de la media norma de los productos anuales del fundo por un largo período y por esto no se halla sujeto a disminución o remisión por esterilidad o pérdida de los frutos (art. 1.559). No se reduce aunque el fundo resulte parcialmente destruido, cuando la renta de la parte que resta sea suficiente a pagar íntegramente el canon; cuando del fundo resulte destruída una parte importante, la ley consiente al enfiteuta el liberarse de la obligación, renunciando al propio derecho y cediendo el fundo al concedente (art. 1.560, párr. 1.º). 2) Esencial es también la obligación de mejorar el fundo, y si alguien lo discute y se habla de una obligación de no deteriorar, se olvida que el mejorar es considerado como elemento constitutivo de la relación en la definición del Código (art. 1.556) y que la inobservancia de tal obligación (no únicamente de la obli-

(1) Sobre el derecho de redención, tanto por lo que se refiere al canon enfiteúutico como por lo que respecta a las demás cargas que gravan los fundos (censos, diezmos, etc.), ver De Ruggiero, *Affrancazione* (*Diz. prat., Dir. priv.*). La regla de la libre redimibilidad ha sufrido una derogación por las leyes especiales para la Basilicata (ley de 31 de Marzo de 1904, núm. 140, art. 27) y para las provincias meridionales de Sicilia y Cerdeña (ley de 15 de Julio de 1907, núm. 383, art. 43), que privan al enfiteute en tales regiones del derecho de redención por un período de sesenta y noventa años respectivamente a partir de la fecha de la concesión enfiteúutica; ver también el Real decreto-ley de 15 de Julio de 1923, número 1.717, que consiente el pactar la renuncia a la redención por un período de cincuenta años.

gación negativa de no deteriorar) se trata del mismo modo que el incumplimiento de la obligación del canon, es decir, como causa del ejercicio del derecho de devolución (art. 1.556, número 2). 3) Es, finalmente, consecuencia de las reglas ordinarias de todo disfrute tan amplio la obligación del enfiteuta de pagar los impuestos prediales y las demás cargas que graven el fundo (artículo 1.558).

f) *Derechos del concedente.*—Los derechos que corresponden al concedente se hallan implícitamente determinados en las obligaciones que corresponden al enfiteuta; principales son la percepción del canon y la mejora del fundo. Además le corresponden dos importantes facultades. Una para mantener en vigor el propio derecho enfiteúutico y defenderlo contra su posible extinción por prescripción de treinta años; para conseguir esto puede cada veintinueve años pedir el reconocimiento del propio derecho de quien se halla en posesión del fundo enfiteúutico sin que se halle éste obligado a prestación alguna (art. 1.563). La otra (y este es el índice que más acusa su dominio) se da para recobrar el dominio en su plenitud y se manifiesta en el derecho de devolución; puede ser recobrada tal plenitud cuando el enfiteuta ha incurrido en mora en el pago de dos anualidades consecutivas y haya persistido en ella luego de la oportuna interpe-lación (1) o cuando haya determinado el fundo o no cumplido la obligación de mejorarlo (art. 1.565). Contra este derecho del concedente que en substancia corresponde a una acción reivindicatoria de la propiedad libre, puede ejercitar el enfiteuta la facultad de redención, que como se ha visto, prevalece en todo caso. Pero ejercitada la devolución, el principio general de restablecimiento del equilibrio patrimonial exige que al enfiteuta sean compensadas las mejoras que haya introducido en el fundo. La ley fija la medida de tal compensación en la menor suma entre lo gastado y lo mejorado al tiempo de entregar el fundo, si la devolución ocurre por culpa del enfiteuta; en otro caso, como

(1) En este sentido y no de otro modo debe interpretarse lo dispuesto en el art. 1.565, núm. 1, cuya redacción es, por cierto, muy poco feliz.

cuando se extingue la enfiteusis por cumplimiento del término, la compensación se satisface en la medida del valor de la mejora al tiempo de la entrega (art. 1.566).

g) *Extinción*.— Se extingue la relación enfiteútica por vencimiento del término cuando se trate de enfiteusis temporal y no perpetua; por la pérdida total del fondo (art. 1.560); por efecto del ejercicio de la devolución y de la redención; por prescripción y por expropiación por causa de utilidad pública.

II. *Superficie*.—Entendiendo por *superficies* no ya el plano superior y visible del suelo, sino todo lo que sobre éste se construye, admitieron los romanos entre las figuras de las *iura in re aliena* un derecho de superficie correspondiente a quien en suelo ajeno y por concesión del propietario hubiese construido un edificio; derecho real enajenable y transmisible a los herederos que atribuía a perpetuidad o por largo tiempo el pleno goce de la construcción por el pago de un canon anual (*solarium*) el cual podía consistir en una suma pagada de una vez para siempre o incluso faltar tal canon cuando la concesión hubiese sido hecha *donationis causa*. Surgido primeramente en el Derecho público con ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo del Estado y de las ciudades eran hechas a los particulares, y extendido luego a los terrenos privados, la institución de la superficie representó una atenuación introducida por el Pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria, por virtud del cual, todo cuanto se construyese o instalase en el suelo ajeno, caía necesariamente en el dominio del propietario del suelo, aquel principio que impidió la concepción de una propiedad dividida por planos horizontales y que ni siquiera destruyó la institución de la superficie porque si de la concesión nacía un derecho real y al superficiario le concedía una defensa análoga a la *rei vindictio*, quedaba subsistente el que la propiedad del edificio no pudiera pertenecer a persona que no fuera el propietario del suelo (1).

(1) Ver para los textos romanos el título del Digesto 43, 18; y en cuanto a la literatura especial Wächter, *Das Superficial o der Platzrecht*, 1866-68; Degenkolb, *Platzrecht und Mieth*, 1868; Baviera, *Il diritto del su-*

Como es sabido, por influjo del Derecho intermedio el Derecho moderno no ha acogido una concepción tan rigurosa y absoluta de la *accessio*, esta es causa de la adquisición de la propiedad en los casos examinados a su tiempo y cualquier construcción, plantación u obra sobre el suelo o debajo del suelo se presume hecha por el propietario a sus expensas y, por tanto, de su pertenencia; pero tal presunción puede venir destruída por la prueba contraria (art. 448) porque nada impide actualmente una división de la propiedad en planos horizontales; es más, figuras típicas como las de edificios que pertenecen por pisos a distintos propietarios, son expresamente previstas y disciplinadas por el Código (1).

De esto y de no haberse hecho mención de la superficie han surgido vivas discusiones, no ya sobre los caracteres y sobre la naturaleza sino hasta sobre la existencia misma del derecho de superficie en nuestro ordenamiento (2). Opinan en efecto algunos que si el rigor del principio de la *accessio* fué causa de que surgiera la superficie, ésta no tiene ya razón de ser, luego que aquel principio fué alterado, cesada la necesidad de configurar como un especial *ius in re aliena* el goce que otro tuviera de un edifi-

perficiario (*Scritti giur.*, 1909, pág. 187 y siguientes). Sobre el derecho intermedio, ver Solmi, *Il diritto di superficie nei documenti italiani del medioevo* (*Riv. dir. civ.*, VII, 1915, pág. 427 y siguientes).

(1) El origen del concepto del *dominium divisum*, es debido especialmente al derecho germánico que admitía la propiedad del edificio o del árbol separado de la del suelo; ver Stobb, *Deutsches Privatrecht.*, II, pág. 56. Pero también derechos de la antigüedad como los de Egipto, Siria y Palestina los conocieron.

(2) Ver Coviello N., *Della superficie* (*Arch. giur.*, II, 1892, pág. 3 y siguientes); *Delle concessione ad aedificandum* (*Foro it.*, 1893, pág. 10 y siguientes); Lucci, *Del diritto di superficie*, *Arch. giur.*, LI, 1893, pág. 251 y siguientes, III, 1894, pág. 500 y siguientes); Gabba, *Della superficie in dir. it.* (*Giur. it.*, 1897, I, pág. 689 y siguientes); Simoncelli, *Dei diritti dell'enfiteuta e del conduttore, che non trascrissero, sullem inigliorie* (*Foro it.*, 1900, pág. 62); Galluzzi, *Saggio di una teoria sul diritto di superficie* (*Filang. XXIX*, 1904, pág. 881 y siguientes); Benettini, *Il diritto di superficie nella legist. vigente* (*Legge*, 1910, pág. 759 y siguientes); Filomusi-Guelfi, *Della superficie* (*Scritti per Simoncelli*, pág. 239 y siguientes).

cio no propio, ya que construído por él en virtud de una concesión particular del propietario del suelo la relación se reduciría en suma a la más simple de las propiedades separadas. No se trata, pues, de un *ius in re aliena*, sino de una propiedad del edificio en uno y de una propiedad del suelo en otro.

Pero este modo de considerar la relación es unilateral y vicioso. Ciertamente que la relación entre superficiario y construcción ha cambiado y de derecho sobre cosa ajena se ha convertido en derecho de propiedad. Pero además debe ser tenida en cuenta la relación entre el superficiario y el suelo sobre el que está el edificio. Esta segunda relación que algunos consideran comprendida en la primera y que por ello es calificada también como relación de propiedad, es, por el contrario, totalmente distinta de éste. Considerarla como una relación de propiedad afirmándose que la propiedad del suelo implique un derecho igual sobre el suelo limitadamente a la parte sobre que está el edificio y en cuanto éste existe, no sería correcto porque el dominio del suelo no se transfiere al superficiario. La concesión *ad aedificandum* no confiere más derecho que el de construir sobre el área ajena y de mantener perpetua o temporalmente en ella la construcción; lógicamente por esto la relación no puede configurarse más que como una servidumbre predial y más propiamente como una *servitus oneris ferendi* que obliga al propietario del suelo a soportar la carga del edificio ajeno.

De todo esto resulta que si de un derecho de superficie como fué construído por la doctrina romana, no puede hablarse en nuestro ordenamiento, se puede, sí, considerar como una relación compleja en que al lado de la propiedad de suelo se da un derecho real de servidumbre a favor del propietario de aquél. Y no es figura de importancia meramente doctrinal; tiene importancia y eficacia práctica, especialmente para las construcciones que en los terrenos públicos la autoridad autoriza ejecutar a los particulares y sirve para definir el derecho que corresponda a los concesionarios de ferrocarriles por lo que respecta a los rai-les instalados a lo largo de los caminos públicos, a los particulares sobre las tumbas y monumentos en los cementerios, a los

propietarios y concesionarios de palcos en el teatro o bancos en las iglesias, etc. (1) (2).

(1) Ver Gabba, *Nature giur. del diritto di palco* (*Quest. dir. civ.*, segunda edición, pág. 170 y siguientes; Benettini, *Sul diritto di banco in chiesa* (*Giur. it.*, 1916, 1, 2, pág. 385 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Enfiteusis*.—La enfiteusis en el Código civil español está regulada por los artículos 1.628 y siguientes. Al constituirse se fijará, bajo pena de nulidad, el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse (art. 1.629).

Su objeto son los bienes inmuebles—rústicos o urbanos—(art. 1.628 del Código civil español).

Derechos del censalista:

- 1.º A cobrar la pensión.
- 2.º A cobrar el laudemio (art. 1.644 y 1.646 sobre prescripción de la acción para pedirlo). También art. 1.931 expropiación de la finca).
- 3.º A exigir el reconocimiento de su derecho (art. 1.647).
- 4.º A ejercitar los derechos de tanteo y retracto (art. 1.636).

Derechos del enfiteuta:

- 1.º Hacer suyos los productos de la finca y de sus accesiones, teniendo iguales derechos que el propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica (art. 1.632).
- 2.º Derecho de disposición del predio enfiteútico y accesiones, tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 1.633).
- 3.º Gravar la finca enfiteútica con la limitación, cuando la pensión consista en una parte alcuota de los frutos de obtener previamente expreso consentimiento del dueño (art. 1.634).
- 4.º Donar o permutar libremente la finca poniéndolo en conocimiento del dueño directo (art. 1.635).
- 5.º A ser indemnizado por las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca (art. 1.652).
- 6.º A ejercitar los derechos de tanteo y retracto (artículos 1.636 a 1.640).

Sobre extinción de la enfiteusis: artículos 1.651 y 1.627.

Derecho de superficie. En el Código civil español no se establece tampoco el régimen jurídico de la superficie, pero no ha sido totalmente silenciado este derecho. En el art. 1.611, al ocuparse de la redención de los censos y más especialmente de los foros, subforos y otros gravámenes semejantes, le dedica una mención que, como dice el doctísimo maestro Jerónimo González, es casi un epitafio. («El Derecho real de superficie», Conferencias pronunciadas en la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho de Madrid y publicadas por ésta. Suárez. Madrid, 1922, pág. 8).