

BIBLIOGRAFÍA

BUHL (Bernardo): *La indivisibilidad de las servidumbres prediales* (1). (Memoria presentada ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen para la obtención del grado de doctor.)

La indivisibilidad, propiamente dicha, de una cosa implica la aptitud de la misma para ser fraccionada en partes independientes y cualitativamente iguales, lo mismo entre ellas que en su relación con la totalidad. Resulta, pues, que la diferencia entre dicha totalidad y cada una de las nuevas fracciones y de éstas entre sí, tan sólo se caracteriza por la relación aritméticamente estimable entre sus respectivas magnitudes.

Cuando por cualquier motivo no sea posible mantener dicha relación meramente cuantitativa y resulte, en cambio, que las fracciones separadas, una vez desgajadas del objeto, adquieren por consecuencia del desprendimiento cualidades que esencialmente lo diferencien del conjunto, podrá calificarse a éste de invisible.

Nada impide aplicar estos conceptos a las cosas inmateriales, en particular a los derechos. Estos no vienen a ser, según nuestro autor, sino una relación mediata o inmediata entre dos o más personas, regulada por el ordenamiento jurídico aplicable.

Entendido de esta manera el derecho, no se nos alcanza, empero, cómo puede aplicarse el concepto de divisibilidad al mismo. Para avanzar en nuestra investigación hemos de reconocer que la esencia del derecho consiste en la atribución o el poder que concede a un hombre sobre otro. Este concepto de la facultad

(1) Véase la nota al pie de la pág. 14 del n.º 61 de esta Revista.

jurídica es un concepto de magnitud, una denominación cuantitativa, susceptible como tal de división aritmética.

Y esta división del poder jurídico sobre la cosa es desde luego posible, llevándose simultáneamente a cabo la división del objeto, o no efectuándose ésta. Para que pueda llevarse a la práctica lo primero, es necesario que el objeto en cuestión sea divisible, ya que la índole del objeto influye desde luego en la estructuración del derecho.

Así, pues, resulta evidente que la indivisibilidad del objeto no implica indivisibilidad del derecho; cabe, por consiguiente, afirmar que, siempre que por virtud del fraccionamiento del poder o facultad contenidos en un derecho vengan a formarse diversos derechos independientes entre sí y que sólo puedan distinguirse de un modo cuantitativo de aquel primitivo derecho, podrá atribuirse a éste el carácter de divisible.

Ahora bien: la división del derecho (considerada de este modo como fraccionamiento de las facultades por éste concedidas) puede coincidir con el fraccionamiento del objeto, desde luego siempre y cuando éste sea por naturaleza divisible, pero, por el contrario, puede muy bien existir un derecho divisible sobre objeto indivisible.

Por consiguiente puede afirmarse que la indivisibilidad del objeto sobre que se establezca el derecho no implica, en modo alguno, la indivisibilidad de éste; pero que, en cambio, cabe, por regla general, inferir de la divisibilidad del objeto la divisibilidad del derecho. El hecho de fraccionarse la cosa no implica, en cambio, la división del derecho sobre la misma, ya que aquélla, aun dividida, puede constituir perfectamente una unidad para los efectos de esta facultad jurídica.

Los dos supuestos necesarios, según nuestro autor, para que pueda realizarse el fraccionamiento del derecho y que éste pueda, por consiguiente, calificarse de divisible, son:

1.^a La posibilidad de fijar aritméticamente la extensión del derecho.

2.^a La circunstancia de poderse ejercer con perfecta independencia el derecho fraccionario obtenido en virtud de la división aritmética del primitivo.

Respecto al primero de los requisitos enunciados es indudable

que hay casos en los cuales el poder o la facultad limitada atribuidos al titular de un derecho sobre la cosa en que éste recae puede evaluarse cuantitativamente, siendo, por lo tanto, susceptible de fraccionamiento; pero si estas facultades otorgadas al titular son limitadas, ya no existe otro valor de referencia que aquel que puede obtenerse en virtud de la valoración económica de la cosa en su totalidad.

En el segundo caso es evidente que la división de este valor económico no implica en modo alguno la división del derecho y sólo cuando el fraccionamiento de este valor de estimación, atribuido al objeto coincide con la posibilidad reconocida en favor del dueño o poseedor de esta fracción, de ejercer con independencia un derecho sobre la cosa, cuya proporción en relación al dominio ilimitado sobre el objeto será (hablando más concretamente) la misma que la existente entre la fracción del valor de la cosa que se atribuye al titular del nuevo *derecho parcial* y el *valor* o precio de estimación total del objeto, es cuando únicamente podrá decirse que ha tenido lugar un fraccionamiento del derecho, aun no ostentando éste un carácter verdaderamente limitado.

Harto diferente de los casos enumerados es el que puede denominarse de multiplicación de un derecho. Se asemeja éste al de división de un derecho en la circunstancia de transformarse una unidad en una pluralidad; pero se diferencia en la circunstancia de que la multiplicación lleva consigo la reproducción de la misma unidad en idéntica extensión, teniendo lugar, por consiguiente, un aumento del contenido jurídico, mientras que en la división del derecho la fracción de éste será siempre de menor extensión que el derecho indiviso.

En los casos de concurrencia de varios sujetos en el ejercicio de un derecho, cabe también suplir la división por un acuerdo de los condueños, de que el derecho corresponda indiviso a uno de éstos, designado en prevención por sorteo o también por convenio con los demás, o pueden todos los condueños, sin que por ello deban considerarse en modo alguno sustituidos por otro sujeto o por una persona jurídica, constituir, en cuanto a su relación con el derecho, una unidad personal; figura desconocida en el derecho romano y que sólo ha sido desenvuelta en el germánico.

Así, pues, cabe dar una definición más precisa de la divisi-

bilidad de los derechos calificándola como aquella cualidad inherente a un derecho, conforme a la cual es éste susceptible de dividirse aritméticamente, pudiendo las fracciones de derecho así obtenidas ser objeto de un ejercicio o realización independiente.

El caso más importante es aquel en el que varios sujetos vienen a concurrir en el ejercicio de un solo derecho.

Mas puede también darse el caso de que un derecho que a primera vista aparezca ostentando una determinada extensión, en concordancia con lo que indique su nombre o por acuerdo de las partes, nazca fraccionado, y también es admisible el supuesto de que se extinga en parte, de manera que tan sólo sobreviva una fracción del mismo.

**LA INDIVISIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES, SEGÚN
EL DERECHO ROMANO**

Normas generales en materia de constitución de servidumbres.

Observa nuestro autor que, no habiendo llegado los jurisconsultos romanos a plantear de un modo sintético el problema de la indivisibilidad de las servidumbres, nos vemos obligados a analizar diversos textos del Digesto, a través de los cuales podremos entrever cuál era el criterio de aquella legislación acerca del interesantísimo problema que examinamos.

El pensamiento jurídico de dichos jurisconsultos aparece desenvuelto con relación al nacimiento y a la extinción de las servidumbres prediales, así como para el caso de hallarse distribuidos entre varios condueños el predio dominante o el sirviente; existen, además, textos encaminados a la regulación de las relaciones creadas en virtud de la existencia de servidumbres prediales, cuando tiene lugar la división efectiva del predio dominante o del sirviente.

1.^º *Reglas establecidas acerca de la creación de servidumbre.*

El legado de una servidumbre predial no puede hacerse parcialmente. Así lo preceptúa el párrafo 1.^º de la ley 80, título 2.^º del libro 35 del Digesto, que textualmente dice:

«Algunos legados no son susceptibles de división como, por

ejemplo, el de *iter*, el de *vía* o de conducción (*actus*), porque esto a nadie le puede pertenecer en parte.”

A su vez, dispone el Digesto (libro 33, título 3.^º, ley 7.^a) que cuando se instituya en favor de varios herederos una servidumbre de vía, que no es susceptible de partición, será necesario un acuerdo para disfrutar solidariamente de esta servidumbre.

Por último, es totalmente ineficaz la derogación parcial de semejante legado, no existiendo tampoco posibilidad de que por aplicación de la ley Falcidia quede reducida una servidumbre predial a tres cuartas partes de su extensión (libro 35, título 2.^º, ley 80, párrafo 1.^a).

2.^º En cuanto a la adquisición parcial de la servidumbre en virtud de adjudicación o de prescripción, es asimismo evidente que son completamente imposibles dentro del sistema jurídico del Digesto, ya que el axioma *tantum possessum quantum prescriptum* resultaría en absoluto incompatible con los principios arriba enunciados.

Mayor interés ofrecen los requisitos exigidos por el Derecho romano para la adquisición o imposición de servidumbres por actos entre vivos. Al examinar el fundamental texto del libro 8.^º, título 3.^º, ley 32 del Digesto, conforme al cual las servidumbres no se pueden imponer ni adquirir en parte, entiende nuestro autor que esta locución *pro parte*, debe interpretarse *pro parte dominii*; es decir, que no puede imponer ni adquirir servidumbre quien no sea dueño pleno de la cosa.

En cuanto a la división del fundo, una vez realizada ya no existe dificultad alguna para que pueda imponerse una servidumbre sobre cada una de las porciones en que se haya dividido la finca (libro 8.^º, título 4.^º, ley 6.^a, párrafo 1.^a).

Conforme a los anteriores principios, cabe afirmar que, según el derecho del Digesto, no puede nunca uno de los condueños de la finca común imponer servidumbre sobre la misma (libro 8.^º, título 1.^º, ley 2.^a) ni tampoco podrá uno de los socios adquirir servidumbre sobre el solar común (libro 8.^º, título 4.^º, ley 5.^a).

Este derecho real de servidumbre que, según vemos, puede ejercerse tan sólo por el pleno dueño de la totalidad del predio, se considera por naturaleza indivisible. Así lo preceptúa taxativamente el libro 45, título 1.^º, ley 72 del Digesto, al decir: «No

se dividen las estipulaciones de las cosas que no admiten división, como las servidumbres de vía, paso, conducción, acueducto y las demás», siendo a su vez inadmisible todo supuesto de revocación parcial de la obligación encaminada al establecimiento de una servidumbre. Así, por ejemplo, dice el libro 46, título 5.^º, ley 13, en su párrafo 1.^º del Digesto, que «Si lo que se comprendió en la estipulación no admitiera división, la estipulación de una parte carecerá de todo valor, por ejemplo, si se tratara de una servidumbre sobre predio rústico o urbano.

En consecuencia con los principios sentados, establece la ley 19, título 8.^º del propio libro 8.^º, que «cuando uno de los condueños estipulese el establecimiento de una servidumbre de paso sobre la finca común, semejante estipulación es inútil, toda vez que ni aun a él se le puede dar».

Conforme a los mismos principios, dispone la ley 11 del título 1.^º del citado libro que si el dueño de un fundo estipula una servidumbre de vía y posteriormente enajenase parte de la finca, se disuelve la estipulación por entenderse que, llegado este caso, resultaría imposible dar comienzo al cumplimiento de la estipulación.

Ahora bien: cuando uno de los condueños de la finca se obliga frente a un tercero a gravar ésta con una servidumbre, es evidente que se compromete a obtener el consentimiento de los demás copropietarios, indispensable para establecer el gravamen, y caso de no lograrlo, será responsable frente al tercero, en virtud de la obligación de garantía que contrajo, y de la que, a su vez, responderán solidariamente sus herederos.

PRECEPTOS DEL DIGESTO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE SERVIDUMBRES

El criterio conforme al cual el derecho de servidumbre no puede tampoco extinguirse de un modo parcial, aparece ya expuesto de un modo claro en la ley 8.^ª, párrafo 1.^º, título 6.^º del libro 8.^º del Digesto: «El que usa parte de la servidumbre de paso parece que retiene todo este derecho», y en la ley 9.^ª del propio título dispónese: «Si corría agua por parte del predio, aunque no llegase a lo último, se la retiene en todas sus partes».

Mayor interés ofrecé, sin duda, la doctrina sustentada en la ley 2.^a del propio libro y título: «El que tiene *iter* y *actus*, si usare del *iter* únicamente por el tiempo establecido, no dará lugar a que perezca el *actus*, sino que este último permanecerá, según dice Sabino Casio y Octaveno, ya que también puede ir solo a pie el que tiene una servidumbre de *actus*.

Unicamente entiende Buhl que puede hablarse de una extinción parcial del gravamen cuando ésta se consiga en virtud de un estado posesorio continuo e ininterrumpido de la libertad del inmueble, alegada en ciertos casos por el dueño del predio sirviente, en cuya situación y aplicando rectamente el principio *quantum possessum tantum præscriptum*, se extinguirá la servidumbre en tanto y hasta donde sea incompatible la subsistencia del gravamen con dicho estado de libertad alcanzado por el predio sirviente en virtud de la *usucapio libertatis*.

Este criterio, mantenido en el derecho romano para las servidumbres prediales urbanas, ha trascendido, según el autor examinado, a la jurisprudencia y al Código civil germánico (1).

No es cambio admisible en modo alguno la extinción parcial de la servidumbre en virtud de legado.

La servidumbre predial no puede tampoco hacerse solidaria de una parte ideal proindivisa del inmueble sobre que recae, y, por consiguiente, ha de ser totalmente ineficaz en derecho romano la renuncia de la servidumbre formulada por uno de los condueños del predio dominante con relación a la parte proindivisa de la finca que le corresponda.

En cuanto a la ineficacia de la prescripción extintiva en los casos de no uso por parte de uno de los condueños, ofrecen interés las leyes 5.^a y 6.^a del título 6.^o, libro 8.^o del Digesto, donde aparece sentada la doctrina conforme a la cual se retiene la servidumbre por el socio, ya que basta haber usado en nombre del fundo.

Asimismo resulta conforme a la ley 10.^a del propio libro y título que la interrupción de la prescripción extintiva del derecho de servidumbre reconocido en favor del condueño *alieni juris* beneficiaba a los demás comuneros: «si el pupilo y yo tenemos un fundo

(1) Véase la nota 4.^a a la pág. 20 de la obra examinada.

común, aunque ninguno lo usemos, con todo retengo la «vía» por el pupilo».

Las mismas normas rigen con respecto a los actos por causa de muerte.

En principio es sabido que al confundirse las servidumbres por hacerse uno señor de ambos predios (*Digesto*, libro 8.^o; título 6.^o, ley 1.^a) quedan extinguidas, puesto que a ninguno le debe servidumbre lo que es suyo (libro 8.^o, título 2.^o, ley 26), y esto parece suponer que al coincidir en una sola persona el dominio de una porción comunera del predio sirviente y del dominante pudo haberse reglamentado la extinción parcial de la servidumbre. Tal solución, en contradicción con los principios, axiomáticos citados, aparece, sin embargo, rechazada en la ley 8.^a, párrafo 1.^o, título 1.^o del tan repetido libro 8.^o: Si tu predio me debe servidumbre, ya sea que yo adquiera el dominio de parte de él o tú parte del mío, se retiene la servidumbre por partes, aunque al principio no se podía adquirir en esta forma (*per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit*).

La misma norma rige en derecho romano cuando el dueño del predio dominante resulta condeño del sirviente y recíprocamente el propietario de este último adquiera una porción aliquota del dominante.

(Libro 8.^o, título 2.^o, ley 30, párrafo 1.^o)

La ley 34 del título 3.^o del propio libro dispone que si uno de los dueños del fundo común permite la servidumbre de *iter* o *acto* nada hace, y por esto, si dos predios que recíprocamente se debían servidumbre, se hicieren comunes entre dichos condeños, no se pueden remitir el uno al otro, ya que la servidumbre se puede retener por parte (*quoniam servitutes pro parte retineri placet*).

El principio sentado en los anteriores preceptos se halla aparentemente en contradicción manifiesta con el sustentado en el párrafo 27 del propio título, formulado así: «si el fundo semproniano debe servidumbre al fundo común tuyo y mío y lo compramos, se extingue la servidumbre, porque ambos señores empiezan a tener igual derecho en uno y otro fundo (*quia per utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit*).»

Para explicar la divergencia tan patente entre este precepto del

Digesto y los antes referidos, se han esgrimido los más variados argumentos.

Así entiende Cuiacio que, en la ley 34 y en el párrafo primero de la ley 30 del título y libro antes citado, se mantiene la vigencia de la servidumbre *propter retentionem partis*, mientras que en el caso enunciado en la ley 27 no sabe hablar de retención parcial, ya que nunca puede retenerse en parte lo que anteriormente no se debía, teniendo por consiguiente que extinguirse la servidumbre.

Elvers se atiene, en cambio, a la cláusula: *quia per utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit* y en consecuencia entiende de que en el caso de la repetida ley 27 la relación de comunidad se ha extendido a la otra adquirida en común, manteniéndose no obstante la misma proporción que ya existía entre las porciones comuneras del primer predio, y que refundidos así ambos en una sola finca no había motivo alguno para mantener el derecho de servidumbre. Cosa muy distinta acaece en los casos previstos en el párrafo 1.^º de la ley 30 y en la ley 34 del título y libro citados, en la que la relación entre las porciones comuneras puede ser distinta, ya que no podemos menos de admitir la posibilidad de que las transmisiones se efectúen sucesivamente, en cuyo supuesto no hay medio de determinar el momento en que pudiera tener lugar la extinción de la servidumbre.

Los mismos principios aplicables al establecimiento de las servidumbres prediales (para el cual es indispensable, según el derecho justiniano, la participación de todos los condeños de la finca) rigen respecto a la extinción de las mismas. Así vemos que el dueño de una porción proindivisa de una finca no puede en modo alguno liberar ésta por medio de un contrato con un tercero o de una disposición por causa de muerte (legado de liberación) de la porción del gravamen que afecta a la cuota que le corresponde sobre la misma, no admitiéndose tampoco la liberación de la servidumbre que pueda afectar a una porción proindiviso de la finca por consecuencia del no uso.

Caso de que sean varios los copropietarios del predio dominante o del sirviente.

Para este supuesto dispone el párrafo tercero de la ley 4.^º, título 5.^º del libro 8.^º del Digesto, que «si el fundo al qual se debe servidumbre de paso (*iter*) es de varios, compete a cada uno de ellos la

acción *in solidum...* pero en la estimación sólo se comprenderá... lo que interesa al que pide, y cada uno litigará en su propio derecho y el éxito en el litigio aprovechará a los demás, pero la estimación se reducirá a lo que le interesa (al promotor del litigio), si bien la servidumbre no la puede adquirir uno solo».

En el párrafo siguiente de la propia ley se dispone a su vez que «si el fundo que debe servidumbre es de dos, se puede pedir a uno y otro; y cada uno que defiende debe restituir *in solidum*, ya que la servidumbre no admite división».

El propio criterio de solidaridad que se observa, según vemos en los lugares citados, respecto al ejercicio de la acción confesoria y al de la recíproca acción negatoria de servidumbre, se aplica al ejercicio efectivo de las facultades inherentes al derecho real de servidumbre.

En principio compete a cada uno de los condueños del predio dominante el pleno ejercicio de cuantas facultades confiere la servidumbre constituida en beneficio de dicho inmueble.

En cuanto a la forma de remediar las posibles colisiones entre las facultades que competen a los diversos condueños de un predio dominante ofrece especial interés lo preceptuado en la ley 19, párrafo 4.^º del libro 10, título 3.^º del Digesto respecto a una servidumbre de carácter tan esencialmente predial como la de acueducto.

Dice Labeón que «el acueducto no se comprende en el juicio de división de cosa común, porque o es del mismo fundo y por esto no se comprende en el juicio, o está separado de él, pero dividido por medida o por tiempos».

La circunstancia de que se excluya el juicio de división de cosa común como medio procesal para reglamentar el ejercicio de las servidumbres prediales no impide, según Bühl, que cualquiera de los copropietarios pueda ejercer por su parte y a su iniciativa, frente a los demás condueños, la acción correspondiente denominada *actio communi dividundo*.

En cuanto a la situación de los diversos condueños del predio sirviente, es indudable que la obligación de no hacer o de sufrir afecta de plano a cada uno de ellos. En aquellos casos en los cuales, como acaece en la servidumbre, la obligación de respetarla implica actuación o prestación de carácter positivo, podrá ésta ser exigida íntegramente a cada uno de los condueños del predio

sirviente, sin perjuicio del derecho de exigir a cada uno de los demás copropietarios la compensación que le corresponda por haber soportado él solo la carga impuesta a la finca en su totalidad.

Pluralidad de predios dominantes o sirvientes y en particular división real de alguno de éstos.

Ningún precepto se opone en el Derecho justiniano a que un dueño delimite una parte de su finca e imponga sobre esta posesión ya demarcada del inmueble una servidumbre, o a que se adquiera una servidumbre que tan sólo grave una porción determinada de otra finca.

Así dice la ley 6.^a del título 1.^o, libro 8.^o del Digesto. La servidumbre se puede reducir y constituir de manera que afecte a determinada parte del fundo.

Para el caso de que un fundo se divida en porciones ciertas, prevé naturalmente la ley 6.^a en su párrafo 1.^o del título 6.^o, libro 8.^o, que «si el fundo está dividido en partes determinadas entre los compañeros (*si divisus est fundus inter socios regionibus*), resultará que a los efectos de la servidumbre que se debía a aquel fundo, es lo mismo que si desde el principio se hubiera debido a ambos fundos y cada uno de los dueños retiene la servidumbre para sí y por el no uso la pierde respecto a él; ni llega a ser el fundo común respecto a la parte que a cada uno corresponde, ni se le perjudica al señor del fundo que debe la servidumbre, antes bien se hace mejor su condición, ya que usando uno de los señores sólo a él aprovecha, no a todo el fundo».

Otros preceptos del título 3.^o, del propio libro 8.^o del Digesto, vienen a interpretar esta norma en el sentido de que «ha de formarse una servidumbre en favor de cada una de las porciones en que se divide la finca y sin tener en cuenta si cada una de éstas linda o no de un modo inmediato con el predio sirviente, si la creación de la servidumbre ha de redundar principalmente en beneficio de determinado porcionero y sin considerar tampoco en nada el valor de cada una de las extensiones de terreno segregadas y la mayor o menor necesidad que para cada una de éstas pueda constituir el reconocimiento de la servidumbre». Así en la ley 23, párrafo 3.^o del citado libro y título dice:

«Cualquiera servidumbre que se debe al fundo se debe a todas las partes del mismo y por ello, aunque se venda por partes, sigue

a todas ellas la servidumbre, y así cada uno puede reclamar el derecho que tiene sobre el fundo : pero si el fundo al cual se debe la servidumbre se dividiese en partes determinadas entre muchos señores, aunque a todos ellos se deba servidumbre, con todo es necesario que aquellos que no tuvieran partes inmediatas al fundo sirviente tengan paso por las demás porciones del fundo dividido o pasen, si se lo permiten los que tienen las partes inmediatas».

La ley 25 del propio libro y título amplía el texto anterior diciendo :

«Si te vendiere cierta parte de mi fundo, también te corresponderá el derecho de acueducto, aunque se lleve el agua muchas veces por causa de la otra parte, ni en ello se ha de atender a la bondad del campo, o al uso de él, de modo que el derecho de acueducto siguiere a la parte que más necesita el agua, *sino que la división del agua se ha de hacer según la proporción existente entre la porción del predio retenido y la enajenada.*»

Sólo se admite, pues, como excepción al principio del disfrute íntegro de la servidumbre por parte de cada uno de los porcioneros la división del agua recibida en virtud de la servidumbre de acueducto, según la extensión de cada una de las posesiones en que se ha segregado el primitivo predio dominante.

Cuando existe pluralidad de predios sirvientes, la regla general es el mantenimiento del principio contrario al mantenido para el supuesto de pluralidad de predios dominantes, o sea el de considerar todas las fincas obligadas a soportar el gravamen como un solo objeto para los efectos de la servidumbre.

Así preceptúa la ley 18, del título 3.^º, del referido libro 8.^º del Digesto, con carácter general que «la vía es sólo una, aunque se imponga por muchos fundos, porque sólo es una servidumbre. Se pregunta solamente si retendré la servidumbre yendo por un fundo y no por el otro por el tiempo determinado para que así proceda, y es más cierto que se ha de perder toda o toda se ha de retener. Y por esto, si no se usa la servidumbre por ningún fundo, se pierde toda ; y si por uno solo, toda se retiene.»

Como consecuencia del anterior precepto, dispone la ley 9.^º, del título 6.^º, del propio título 8.^º, que si corrió el agua por todo el predio, aunque no llegase a lo último, se retiene en todas partes, y la ley 15 este mismo título : «Si se me debía servidumbre por mu-

chos fundos y adquirí el del medio, juzgo que permanece la servidumbre, ya que ésta se confunde siempre que aquél a quien pertenece no puede usar de ella, mas adquirido el fondo del medio puede subsistir para que se deba el *iter* por el primero y el último.»

Pero este criterio de considerar como una sola unidad a todos los predios sirvientes en relación con el dominante no parece mantenido de un modo uniforme en el Digesto.

El párrafo 1.^º de la ley 6.^a, título 6.^º de la ley 8.^a, traza una norma conforme a la cual cabe determinar, ateniéndose a puntos de vista de necesidad y utilidad práctica, cuándo deberá seguirse el criterio de la unidad antes indicada y cuándo el de pluralidad de servidumbres, caso de división del predio sirviente. Dice el texto indicado : «Si se dividió el fondo que debía la servidumbre, del mismo modo tiene esto poca duda ; porque si el lugar de la vía es cierto y determinado en este caso, si el fondo se dividió por su longitud se deberá observar lo mismo que si al principio de constituirse la servidumbre sobre él hubieran sido dos fundos ; pero si se dividió el fondo por la latitud de la vía (y nada interesa que la división haya sido igual o desigual) permanece el mismo derecho de la servidumbre que antes de la división y no se puede retener por el uso o perder por el no uso, sino toda la vía.» Y a continuación, previendo el caso, en este mismo párrafo 1.^º de la ley 6.^a, de que la división no perjudique el uso de la vía para cualquier fracción del fondo, se preceptúa bajo semejante supuesto lo siguiente :

«Pero si ésta (la servidumbre) se constituyó de modo que se pudiere usar de ella por cualquier parte del fondo y no hay cosa que prohíba mudarla ; y así se dividió el fondo, si por cualquier parte del mismo puede haber vía y acto, se dirá lo mismo que si desde un principio se hubiesen impuesto dos servidumbres o dos fundos, de modo que se puede retener la una y perder la otra por el no uso.»

FUNDAMENTACIÓN DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA SERVIDUMBRE EN EL DERECHO ROMANO

Numerosos son los textos que podrían citarse, aparte de los ya reseñados, en los que aparece formulado con toda claridad el principio conforme al cual la indivisibilidad de la servidumbre está fun-

dada en la verdadera naturaleza de la misma, o sea en el carácter esencialmente indivisible del uso de las cosas sobre que recae la servidumbre.

Así, a título de ejemplo, nos indica la ley 17 del título 2.^o, libro 8.^o del Digesto, *que no se puede comprender en la obligación parte de la vía, iter, acto o acueducto, porque no se puede dividir el uso de estas cosas.*

Nuestro autor, para compulsar la exactitud de tal punto de vista, procede analíticamente.

La divisibilidad de un derecho implica para Buhl la posibilidad de fijar de un modo concreto la extensión del mismo, lo que lleva consigo la de su división aritmética y por otra parte la facultad de realizar independientemente el derecho parcial obtenido en virtud de la división efectuada.

El primero de dichos requisitos, o sea la posibilidad de señalar la amplitud o extensión del derecho se echa de menos por regla general tratándose de servidumbres.

Tratándose de servidumbres consistentes en una prohibición o abstención (servidumbres negativas) es evidente que no pueden ser objeto de una fijación concreta en magnitudes susceptibles de fraccionamiento aritmético, ni tampoco pueden serlo aquellas que impliquen una obligación de hacer (*servitutes faciendi*), cuyo contenido estriba por regla general en una facultad de uso cuya amplitud depende, en la mayoría de los casos, lo mismo que en los de las llamadas *servitutes habendi*, de las necesidades sujetas a frecuentes cambios, del fundo dominante.

Cuando éstas aparecen en cierto modo como susceptibles de división aritmética; por ejemplo, si se dijera que media servidumbre de pastos para un centenar de bueyes era igual a una servidumbre de pastos para cincuenta bueyes, la construcción de semejante derecho real en cosa ajena resultaría por lo artificiosa ridícula y además carente de toda justificación.

La posibilidad prácticamente indiscutible de extinguirse una servidumbre de un modo parcial en los casos tan conocidos de aplicación de la ley Falcidia, por ejemplo, tratándose de una de acueducto, limitada a determinada cantidad de agua para una finca, que por aplicación de dicha ley pudiera reducirse a tres cuartas partes de la cantidad a que primitivamente tenía derecho el predio domi-

nante, no fué admitida por ningún precepto legal, ya que semejante proceder hubiese quebrantado la unidad del sistema jurídico establecido, y solamente aparece éste vulnerado por los casos llamados de *usucapio libertatis*, en los cuales, al aplicarse el axioma *tantum possessum quantum praescriptum*, se admite la posibilidad de la extinción parcial de una servidumbre predial susceptible de determinación cuantitativa. La otra excepción la constituyen determinados casos de división real del predio dominante como la antes citada de la ley 25, título 3.^º del libro 8.^º del Digesto, en la que al segregarse una extensión de terreno de una finca en cuyo favor se halle establecida una servidumbre de acueducto, se efectúa la división del agua según la proporción existente entre la parte del predio susceptible de retención y la enajenada.

Las excepciones mencionadas afectan al principio de la indivisibilidad del derecho de servidumbre en sí mismo, reconocida, según quedó expuesto, como regla general.

Nuestro autor reconoce, además, *el principio de la base de sustentación corporal*, inherente, por naturaleza, a toda servidumbre predial. Este principio, que forzosamente ha de determinar la imposibilidad de establecer cualesquiera servidumbres sobre una porción ideal, o no perfectamente delimitada de una finca, no es evidentemente susceptible de excepción alguna.

EL PROBLEMA DE LA DIVISIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Dedica a continuación nuestro autor un capítulo de su Memoria al estudio de las modificaciones introducidas en el Código civil alemán de 1900, con relación al problema de la indivisibilidad de las servidumbres, tal como aparece regulado en el derecho justiniano.

En principio, entiende nuestro autor que dicho Código rechaza indiscutiblemente todo supuesto de constitución parcial o de extinción en parte de las servidumbres puestrales. Pero tratándose de determinada especie de estas servidumbres, respecto a las cuales puede determinarse su extensión en la inscripción correspondiente en el

Registro de la Propiedad, varía en cierto modo la posición del problema.

Si por ejemplo el titular de una servidumbre de pastos para cien cabezas de ganado inscribe en el Registro, por equivocación, tan sólo una servidumbre para diez cabezas de ganado y deja transcurrir el plazo necesario para que tenga lugar la prescripción extintiva de su primitivo derecho conforme al artículo 198, apartado 2.^º del Código civil germánico, se llega en la práctica, según nuestro autor, a una extinción parcial de la servidumbre.

La solución denominada en el derecho romano de la *usucapio libertatis* encuentra una posibilidad para su aplicación en el artículo 1.028 de dicho Código, conforme al cual, cuando existiera en el predio sirviente una instalación perjudicial para el ejercicio de la servidumbre, el derecho del titular de la misma a hacerla retirar estará sujeto a prescripción, aun cuando la servidumbre estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad.

Al expirar el plazo para esta prescripción, se extinguirá la servidumbre *en tanto (soweit)* el estado de la instalación sea incompatible con el mantenimiento de aquélla.

No ha lugar a aplicar lo dispuesto en el artículo 892 (presunción de exactitud de la inscripción registral), a menos que se haya inscrito demanda de oposición a la misma, o que la inexactitud sea conocida del adquirente.

En este precepto vemos el caso típico del reconocimiento de la posibilidad de proceder a la extinción parcial de una servidumbre. Aunque no con tanta claridad, aparece también una excepción al principio de la indivisibilidad en el artículo 1.025 del repetido Código civil germánico.

Según dicho artículo, cuando se divida el predio dominante, la servidumbre continuará subsistiendo a favor de cada una de las porciones de la misma, no obstante la cual, el ejercicio de la misma será en caso de duda tan sólo admisible de manera que no resulte gravoso para el dueño del predio sirviente. Si la servidumbre no beneficiase sino al titular de una de las partes (en que se hubiere dividido el primitivo dominante) se extinguirá respecto de las demás.

Interpretado el anterior precepto por el art. 8.^º de la Ordenación del Registro Inmobiliario de 24 de Mayo de 1897 (texto refundido).

de 20 de Mayo de 1898), que autoriza la anotación con carácter permanente de la servidumbre, si afecta a cada una de las porciones en que se haya fraccionado la finca, en los diversos folios correspondientes a cada una de las nuevas fincas, formadas en virtud de dicha segregación, entiende nuestro autor que al sancionarse de este modo el fraccionamiento de las atribuciones concedidas en virtud de la servidumbre, aparece una nueva excepción al principio de la indivisibilidad de dicho gravamen.

EL PROBLEMA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En el artículo 535 sienta nuestro Código civil el principio de *que las servidumbres son indivisibles* y a continuación establece dos soluciones para el caso de división del predio sirviente entre dos o más, disponiendo que en tal supuesto *la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda*.

A continuación dispone el referido artículo, para el caso de que el predio dominante se dividiera entre dos o más, que cada *porcionero puede usar por entero de la servidumbre*, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Varias cuestiones se nos plantean a primera vista con la lectura de dicho artículo. Ante todo—nos preguntamos—, ¿se trata de un precepto de rigurosa observancia, no susceptible de excepción alguna, o de una regla general?

En este caso: la facultad concedida con carácter general por el art. 603 de nuestro Código civil al dueño de terrenos gravados por una servidumbre de pastos para redimir su carga con el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre, ¿ha de prevalecer, aun cuando dicho predio sirviente hubiera sido dividido en dos o más, a favor de uno de los propietarios de cualquiera de las porciones segregadas, a pesar del precepto categórico del citado artículo 535?

Y por último: si en el caso del apartado 2.^o del art. 546, es decir, cuando la servidumbre se 'extinga' por el no uso durante

veinte años, ¿podrá hablarse en alguna ocasión de extinción parcial por virtud de la llamada *usucapio libertatis*?

La primera y la segunda pregunta se hallan sustancialmente resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1892, que textualmente dice: *Considerando que el principio que como regla general establece el art. 535 del Código civil y que tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consisten, aun en el caso de dividirse entre dos o más el predio que las disfrute o el que las sufra, no se opone al derecho que en absoluto y sin limitación alguna concede especialmente el artículo 603 del propio Código al dueño de todo terreno gravado con la servidumbre de pastos de reducir esta carga mediante el pago de su valor, sean uno o más los que tengan derecho a la servidumbre y que en tal concepto la Sala sentenciadora... ha aplicado acertadamente el segundo de dichos artículos sin infringir el primero, cual se supone en el primer motivo de este recurso.*

Así, pues, vemos que a tenor de la referida sentencia el artículo 535 de nuestro citado Cuerpo legal tan sólo establece el criterio de *indivisibilidad como regla general*.

Lo mismo que según hemos visto ocurre en la legislación justiniana y en la germánica.

Establece dicha resolución como excepción para el caso a que la misma se contrae el artículo 603 del Código civil, cuyo precepto especial se declara en tal concepto compatible con dicha regla general.

Dejando de lado el precepto especial del segundo párrafo del artículo 545 del Código civil, que más bien constituye una disposición excepcional al establecer la variabilidad o facultad de modificar la servidumbre, que por lo demás (considerada su totalidad) ha de permanecer indivisa, aun admitiendo la aplicación de dicho precepto para los casos de fraccionamiento del predio sirviente, nos quedaría por dilucidar si la extinción de una servidumbre por no uso durante veinte años pudiera afectar tan sólo a parte de las facultades otorgadas en virtud de la servidumbre.

Respecto a esta cuestión puede afirmarse que, establecida como regla general la indivisibilidad de la servidumbre en el artículo 535 del Código civil, la libertad de un fundo sirviente efecto de la prescripción extintiva de veinte años (según el apartado 2.º del referido

art. 546), requerirá el no uso durante dicho lapso de tiempo de ninguna de las facultades conferidas en virtud de la servidumbre y producirá, por consiguiente, la liberación íntegra de todo el inmueble, ya que no existe actualmente en nuestra legislación una regla de carácter especial que viniera a establecer en este punto una excepción al criterio de indivisibilidad, a modo del artículo 1.028 antes citado del Código civil alemán.

Unicamente aparece como digna de estudio la cuestión acerca de si el dueño de un predio dominante que dejase transcurrir más de veinte años sin haber usado de la facultad que le confiere el artículo 543, de hacer en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, sin alterarla ni hacerla más gravosa, perdería por ello la facultad de realizar dichas obras, sin por eso perder el derecho real de servidumbre, que en tal caso continuaría existiendo a su favor, desprovisto de dicha facultad complementaria.

También podría sostenerse la tesis contraria o sea que el derecho que reconoce dicho artículo 543 a favor del dueño del predio dominante no prescribe por sí solo durante los veinte años que marca el apartado 2.^o del art. 546, ya que la servidumbre es esencialmente indivisible a tenor del art. 535, y en tal supuesto, cabría afirmar que la extinción parcial de la servidumbre en virtud de la gráficamente llamada *usucapio libertatis* es una figura jurídica extraña a nuestra legislación.

El trabajo examinado nos demuestra de todas formas que el problema de la divisibilidad de la servidumbre predial se hallaba suficientemente desenvuelto en el derecho jústinianeo y que las legislaciones modernas no han hecho sino desenvolver y ampliar en algún caso, atendiendo principalmente a razones de índole práctica, las excepciones que ya reconocía el derecho romano al principio de la indivisibilidad.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.