

# La servidumbre a favor del propietario<sup>(1)</sup>

Dr. Walter Schmidt-Rimpler

(Continuación.)

## Resumen crítico de las diversas teorías acerca de la propiedad.

De las diferentes doctrinas que han sido formuladas para explicarnos la naturaleza y finalidad del derecho de propiedad, podemos hacer, siguiendo a Schmidt-Rimpler, la siguiente clasificación:

- a) Doctrinas que *no* consideran a la propiedad como verdadero derecho de exclusión.
- b) Doctrinas que consideran a la propiedad como derecho de exclusión.
  - a) Tomando como punto de partida el *contenido* de la relación jurídica.
  - b) Considerando el *rango*, en que ha de situarse en relación con otros derechos coincidentes en la misma cosa.
  - c) Teniendo en cuenta alguna otra circunstancia.

Examinemos el primer grupo de doctrinas. Entre sus mantenedores recuerda nuestro autor en primer lugar a *Wirth*, el cual halla la naturaleza de la propiedad en la por él denominada RELACIÓN JURÍDICA DE PERTENENCIA DE LA COSA.

«La cosa de mi propiedad—agrega *Wirth* para explicar los anteriores términos—viene a ser, en cierto modo, una parte integrante de mi personalidad, una prolongación del propio yo», relación jurídica mucho más intensa, como vemos, que la creada en virtud de un mero dominio o del reconocimiento de facultades sobre la cosa.

Del mismo modo define *Brinz* la propiedad, al calificarla como LA CONJUNCIÓN JURÍDICA DE UNA COSA TEMPORAL CON UNA PERSONA, lo que tácitamente significa que la cosa misma (no una facultad

(1) Véase el número anterior

sobre la misma, por muy extensa que sea) es la que está unida a la persona, de manera que ésta venga a ser lo principal, y la cosa, lo accesorio, es decir, lo que gráficamente denominan estos autores LA PERTENENCIA.

No dista mucho de este concepto el que caracteriza el pensamiento de *Trendelenburg*, quien entiende que en la propiedad aparece ampliado el concepto de órgano a cosas externas y reparables, por cuanto éstas aparecen transformadas en verdaderos INSTRUMENTOS DE LA VOLUNTAD.

Las anteriores definiciones, citadas a título de ejemplo, tienen la particularidad de hacer caso omiso de la relación de cada dueño con los demás titulares de derechos sobre la cosa, limitándose a considerar meramente la relación entre el titular y la cosa.

También desde este punto de vista cabe delimitar el concepto del «derecho limitado» considerando sometida una cosa a mi voluntad, a manera de órgano o de PERTENENCIA MÍA, pero con la limitación de poder usar aquella cosa TAN SÓLO PARA DETERMINADOS FINES, así como, por ejemplo, sólo pueden emplearse los ojos para ver, y no para oír.

Vemos, pues, cómo también con esta clase de definiciones se evidencia igualmente el contraste entre el derecho amplio y OMNILATERAL sobre la cosa, y el DERECHO LIMITADO sobre la misma.

\* \* \*

Examinemos ahora las definiciones que consideran a la propiedad como verdadero derecho de exclusión, otorgando igual carácter al llamado derecho limitado. Recordemos primeramente los que toman como punto de partida el contenido de la relación jurídica. Vienen a la memoria las numerosas definiciones basadas en las clásicas del Derecho romano. Así, por ejemplo, la de Höider: DÓMINACIÓN DE LA COSA EN SU TOTALIDAD; la de Gierke: EL DERECHO ENCAMINADO A LA DOMINACIÓN DE LA COSA EN TODA SU INTEGRIDAD; la de Staudinger-Kober: EL DERECHO PLENO SOBRE UNA COSA, y otras muchísimas.

El llamado «derecho limitado» puede, en cambio, ser definido como EL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE UNA COSA CONCEDIDO TAN SÓLO EN CUANTO A DETERMINADAS RELACIONES DE LA MISMA. Recuérdense asimismo en este lugar las clásicas definiciones del usufructo,

considerándolo como el derecho de usar y disfrutar la cosa ajena, si bien con la obligación de respetar su forma y substancia, y se podrá observar el contraste de un carácter principalmente cuantitativo, con que cabe diferenciar ambas figuras jurídicas: la propiedad y el derecho limitado.

Mas, por lo indicado en capítulos anteriores, resulta evidente que la propiedad nunca puede comprender la totalidad de cuantas relaciones jurídicas puedan darse sobre una cosa, y, además, si se llega a hacer caso omiso, hasta tal punto, de la cuestión referente al rango, no cabría conocer tampoco derecho alguno sobre la cosa, cuyo titular pudiera ser persona distinta del dueño de la misma.

¿Cómo podría, en semejantes casos, decirse del propietario que disponía de todas las relaciones jurídicas sobre la cosa, existiendo al propio tiempo el otro titular, que del mismo modo disponía de ciertas especiales relaciones sobre el mismo objeto?

O bien, obstinándose en considerar a la propiedad como aquel derecho ilimitado y exclusivo frente a los demás derechos reales, siempre restringidos, habría que reconocer, queriéndolo o no, que también la propiedad podía, en casos determinados, hallarse sometida a restricciones, contradiciendo así abiertamente el contenido de la definición.

Comprendiendo, sin duda, la exactitud de los anteriores argumentos, límítase algún tratadista, como Vangerow, a definir la propiedad como LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE EJERCER CUANTAS FACULTADES PUEDE SUPONERSE SOBRE UNA COSA.

Pero, según quedó expuesto en lugar oportuno, no puede el propietario, ni aun en el más favorable de los casos, ejercer todas las facultades imaginables sobre la cosa, supuesto contrario a toda idea de ordenación jurídica.

Además, cabe argumentar, frente a Vangerow, que no aparece claro—como dice nuestro autor—el momento en que esta posibilidad haya de transformarse en realidad, toda vez que está fuera de toda duda que el derecho de propiedad concede a su titular, aparte de la mera posibilidad indicada, cierta exclusividad efectiva en sus relaciones con la cosa.

Procura *Windscheid* precisar algo más estos conceptos, y dice que la propiedad implica que, según Derecho, LA VOLUNTAD DEL DUEÑO ES DECISIVA EN LA TOTALIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

INHERENTES A UNA COSA, agregando, a continuación, que la propiedad es realmente LA PLENITUD DEL DERECHO sobre una cosa, y ostenta como tal un carácter ilimitado.

La definición de Windscheid, según explicaciones dadas por el propio autor, ha de interpretarse en el sentido de que, en principio, debe admitirse la definición íntegra de la categoría, en sí misma, en tanto que el derecho objetivo no retire, respecto a tal o cual relación jurídica, la concesión que con carácter general ha otorgado, explicación equívoca, que sólo se justifica, en opinión de Schmidt-Rimpler, como consecuencia de un método «sui generis» de determinación negativa, empleado por el ilustre romanista.

Estas definiciones, al igual de las de Savigny, y guardando, en realidad, también alguna semejanza con las de Gierke y Wolff, basadas todas ellas en el concepto de plena o amplísima potestad jurídica sobre la cosa, característica del Derecho justiniano, tienen el inconveniente de hacer aparecer la diferencia entre la propiedad y el derecho limitado a modo de una relación entre el todo y la parte.

El titular del derecho limitado no viene a tener en sus manos, según estos autores, sino un pedazo de propiedad, como gráficamente designa nuestro autor la facultad de disposición sobre la cosa, en lo que afecta tan sólo a determinadas reclamaciones jurídicas.

\* \* \*

Para obtener una definición precisa y bien demarcada del derecho de propiedad resulta indispensable tener en cuenta la relación que pueda surgir por virtud de la coincidencia del dueño con otros titulares de derechos reales sobre la misma cosa, como lo observa el conocido civilista contemporáneo *Lenel*.

SEGÚN ESTE AUTOR, ES LA PROPIEDAD AQUEL DERECHO CUYO TITULAR PUEDE OSTENTARLO FRENTE A TODOS LOS DEMÁS, A EXCEPCIÓN DE AQUELLAS PERSONAS CUYAS INMISIONES SE HALLA OBLIGADO A TOLERAR POR RAZÓN DE UN DERECHO REAL QUE LES CORRESPONDA, DE ALGÚN VÍNCULO OBLIGACIONAL O DE UNA LIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA, CORRESPONDIENTE AL DUEÑO LA FACULTAD DE INSTAR Y OBTENER LA CESACIÓN DE TODA PERTURBACIÓN DIRIGIDA CONTRA SU DERECHO DE DISPOSICIÓN, ASÍ COMO LA PUESTA

EN PRÁCTICA DE LAS MEDIDAS COACTIVAS ENCAMINADAS A LA DEFENSA DE DICHO DERECHO.

Reconoce nuestro autor que la situación jurídica del propietario queda perfectamente definida por Lenel, al hacer resaltar con claridad las diversas excepciones a la situación de pleno dominio sobre la cosa. No obstante, entiende Schmidt-Rimpler que la especial característica del derecho de dominio, consistente en haberse de situar precisamente en último rango entre todos los demás que afecten a la cosa, queda sin mencionar en la definición de Lenel.

\* \* \*

Llegamos a la última subespecie de definiciones, entre las que señala nuestro autor la de *Stobbe*, para quien la propiedad es **EL DERECHO DE LA SUPREMA DOMINACIÓN SOBRE UNA COSA, DEL CUAL HAN DE DERIVARSE TODOS LOS DEMÁS DERECHOS SOBRE LA MISMA**.

No precisando este autor lo que ha de entenderse por **SUPREMA DOMINACIÓN**, carece de utilidad práctica la definición.

*Schlossmann* define, a su vez, la propiedad como **EL DERECHO NO LIMITADO POR RAZÓN DE SU FINALIDAD**, y el derecho limitado como **EL DERECHO DE EXCLUSIÓN CONCEDIDO PARA EL CUMPLIMIENTO DE UNA FINALIDAD DETERMINADA**.

La finalidad que puede conseguirse dentro de los límites de un derecho de exclusión—argumenta Schmidt-Rimpler—es muy diversa, y tan sólo puede aplicarse por la ordenación jurídica como base para la concesión o el reconocimiento de derechos de exclusión.

Realmente, no es tanto la finalidad lo que tiene en cuenta Schlossmann, como la mayor o menor extensión de facultades que el derecho de exclusión puede conceder a su titular, circunstancia que tendrá, a su vez, desde luego, como consecuencia, una menor o mayor restricción de las finalidades que puedan conseguirse dentro del marco del derecho.

Citaremos por último a *Pflüger*, que, al considerar la propiedad como **EL DECHO ETERNO**, no logra hacernos avanzar en nuestra investigación.

Vemos, por consiguiente, lo difícil que resulta demarcar el concepto de la propiedad y cuán acertado está nuestro autor al definir-

la en la forma amplia y de universal aplicación, como aparece en el anterior capítulo.

*Teorías acerca de la servidumbre.*

· Aparece el concepto jurídico de la servidumbre como especialmente difícil de precisar, dándose el caso curioso de que las múltiples definiciones de la misma formuladas por autorizados civillistas y aquellas otras sentadas con carácter preceptivo en los Códigos modernos, lejos de aplacar a los polemistas, han justificado más aún la conveniencia de proceder a un concienzudo estudio de cuantos problemas se hallan de algún modo enlazados con la naturaleza jurídica y la regulación legislativa de tan interesante institución.

· Considerada la servidumbre como subespecie de los llamados «derechos reales limitados», surge la dificultad de definirla de un modo conveniente.

*Duroi* la considera como DERECHO DE PROPIEDAD EN COSA IN-CORPORAL.

Elvers nos da una definición más amplia de la servidumbre, que califica como EL DOMINIO PROTEGIDO POR UNA ACCIÓN REAL SOBRE UNA DETERMINADA CUALIDAD DE UNA COSA CORPORAL AJENA, CONSIDERADA, POR VIRTUD DE UNA FICCIÓN, COMO COSA INDEPENDIENTE, SIEMPRE QUE DICHO DOMINIO SE HALLA INDISOLUBLEMENTE UNIDO AL QUE EXISTA SOBRE OTRA COSA CORPORAL O QUE SE HAGA DEPENDER DE LA VIDA DE UNA PERSONA INDIVIDUAL, DE MANERA QUE SE EXTINGA CON LA MISMA.

A primera vista nos parece extraño que se admitan servidumbres sobre las cosas CORPORALES (que, al no establecerse diferencias en la definición, pueden ser también muebles o semovientes), y también parece que el concepto emitido, sin distingos, de la servidumbre personal, tal como queda reproducido, encaja tan sólo en las legislaciones que, siguiendo el sistema romano, incluyen entre dicha especie de servidumbre las figuras jurídicas del uso, del usufructo y de la habitación.

Con la anterior definición procura Elvers diferenciar claramente la servidumbre de la hipoteca, de la enfeitis y del derecho real de superficie, entendiendo que los derechos referidos afectan

a la cosa en sí, y la servidumbre, tan sólo a la cualidad de la cosa.

Entendemos, con Schmidt-Rimpler, que este argumento no es convincente.

La propiedad o el dominio sobre UNA CUALIDAD de la cosa no implica, en realidad, sino un derecho de exclusión con vistas a esta misma realidad, por cuyo motivo vemos que el punto de vista de Elvers carece de utilidad práctica, desviándonos de los verdaderos términos del problema.

Aun dejando de lado las anteriores definiciones, puede decirse que no aparecen fácilmente puntos de vista conforme a los cuales quepa ordenar de un modo uniforme las opiniones de los diferentes tratadistas relativas a la naturaleza y el concepto de la servidumbre.

Aparece delimitada la figura jurídica de la servidumbre para la generalidad de los autores germánicos, de un lado, por el derecho hipotecario, y de otro, por aquel típico derecho real hereditario y enajenable, el llamado ERBBAURECHT, que tiene como contenido el dominio útil sobre un edificio en predio ajeno, o la obligación de la superficie en terreno extraño para fines de construcción, vieniendo a ser una figura compleja, en la que predomina el carácter de censo enfitéutico, si se da el primer caso, y el aspecto, en el segundo de los supuestos, de un derecho real de superficie.

La diferencia entre el derecho real de servidumbre (entendido en su más amplia acepción) y el de hipoteca aparece bien clara: el primero concede facultades de uso sobre la cosa, que el segundo niega.

En cambio, resulta hasta difícil de precisar la línea divisoria entre la figura jurídica antes descrita del «Erbbaurecht» y la servidumbre, hasta tal punto que se hace indispensable establecer una superior categoría que abarque en sí tanto la figura jurídica de la servidumbre como la de la referida «enfiteusis-superficie».

Con este motivo recuerda nuestro autor que Gierke y Planck establecen la diferenciación entre derechos al VALOR DE LA COSA (prenda e hipoteca) y derechos a la UTILIZACIÓN DE LA COSA (entre los que cabe mencionar lo mismo la servidumbre, en su sentido amplio, que la ENFITEUSIS-SUPERFICIE en su forma típica del «Erbbaurecht»).

¿Cómo llevar ahora a cabo una clasificación de los derechos a

la utilización de la cosa que ostente el carácter de universal validez?

La mayor dificultad la halla nuestro autor en la figura jurídica del usufructo, considerándolo, a estos efectos, tan sólo como el derecho a usar y disfrutar la cosa.

Este derecho de usufructo, inalienable para unas legislaciones; enajenable, según los casos, y con más o menos limitaciones para otros Códigos, considerado por ciertos Cuerpos legales como servidumbre personal, denominación que, como es sabido, repudia el Código civil francés y los sistemas legislativos inspirados en el mismo, es, sin duda, una de las figuras jurídicas más difíciles de demarcar.

Para establecer una clasificación de los derechos que podemos denominar de utilización, atendiendo al grado de enajenabilidad, habrá que distinguir los siguientes:

a) Derechos a la utilización de la cosa completamente enajenables, según su naturaleza (el referido «Erbbaurecht», entre ellos).

b) Derechos de utilización totalmente inalienables (el usufructo, cuando por el constituyente o por la ley se prohíba su enajenación, y la servidumbre personal, a la manera de las previstas en el artículo 531 del Códico civil español, cuando el carácter inalienable se infiera del título de su constitución).

c) Derechos de utilización que sólo pueden enajenarse con determinados requisitos (por ejemplo, las servidumbres en general, que sólo pueden serlo en unión del predio dominante).

Es indudable el escaso valor sistemático de esta clasificación, toda vez que en ella tan sólo aparece determinada la servidumbre como un derecho de utilización LIMITADAMENTE ENAJENABLE.

#### *El problema de la confusión de derechos.*

Entiéndese por CONFUSIÓN, para estos efectos, el fenómeno en virtud del cual puede darse alguno de los casos siguientes:

El propietario de una cosa adquiere un «derecho limitado», existente con anterioridad sobre la misma a favor de otro, o, a la inversa, el titular de un derecho con facultad limitada sobre la indicada cosa adquiere la propiedad plena sobre ésta.

En tales situaciones se observa que la confusión de derechos

tiene, generalmente, como consecuencia la resolución del llamado derecho limitado.

¿Por qué motivo—cabe preguntarnos—tiene lugar esta resolución en algunos casos y en ciertos otros no?

A esta interrogación puede contestarse de dos maneras, en atención a las diversas circunstancias:

*Primer argumento.*—Según algunos autores, la resolución **ES LÓGICAMENTE NECESARIA**, toda vez que la idea de un **DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA** es de aquellas que no caben fácilmente en nuestra imaginación, teniendo en cuenta los conceptos, tradicionalmente admitidos, de la propiedad y de la servidumbre.

*Segundo argumento.*—Otros han llegado a reconocer que semejante derecho limitado sobre cosa propia puede lógicamente suponerse, pero que su existencia real hubiera sido contraria a equidad, carente de toda finalidad práctica o directamente injusta.

Frecuentemente aparecen entremezclados ambos puntos de vista.

Otra circunstancia contribuye a complicar la cuestión. Algunos autores han previsto, para aquellos casos en los que resultase lógicamente imposible estructurar el derecho limitado en la cosa propia, unas especiales construcciones jurídicas, conforme a las cuales no se daba, en ciertos casos, la confusión de derechos, sino la subsistencia del «derecho limitado», al menos la de un «ALGO JURÍDICO del mismo, particularmente en determinadas hipótesis, en las que, por razones de índole práctica, resultaba conveniente no proceder a la consolidación.

Propónese nuestro autor exponer sintéticamente en este lugar los ensayos realizados con el fin de lograr una construcción de la teoría acerca de la confusión de ambos derechos, desde puntos de vista puramente lógicos.

Al examinar las doctrinas que propugnan la imposibilidad de establecer servidumbres a favor del propietario, hemos de distinguir los dos grupos más interesantes de doctrinas conocidas, según su respectivo punto de partida, como **TEORÍA OBLIGATORIA** y **TEORÍA DE LA ABSORCIÓN**.

Parte la primera del supuesto que el propietario no puede jamás hallarse en relación jurídica consigo mismo, como ineludiblemente lo exigiría la naturaleza del «derecho limitado en cosa propia», siendo así que los defensores de la teoría citada en segundo

lugar, llamada DE LA ABSORCIÓN, entienden que, confiriendo el derecho de propiedad al dueño las más amplias atribuciones sobre la cosa, no puede ni debe, racionalmente, darse, junto a ese derecho, otro que le conceda de nuevo esas mismas atribuciones en determinado sentido, lo que, además, carecería, para muchos, de fundamento práctico.

De esta última consideración dimana, por cierto, un nuevo grupo de doctrinas, denominadas por Schmidt-Rimpler TEORÍAS DE LA FINALIDAD PRÁCTICA, a que se hará referencia en el lugar oportuno del presente trabajo.

Por último, podría formarse también un grupo de aquellos otros tratadistas que, tomando por base las definiciones según las cuales las servidumbres no son sino DERECHOS A LA UTILIZACIÓN EN COSA AJENA, o, más sintéticamente: DERECHOS LIMITADOS SOBRE COSA AJENA, entiende que no puede darse servidumbre alguna en cosa propia.

Ofrece este argumento especialísimo interés para nosotros, teniendo en cuenta la definición que de la servidumbre nos da el artículo 530 del vigente Código civil español, al denominarla gráficamente: GRAVAMEN IMPUESTO SOBRE UN INMUEBLE, EN BENEFICIO DE OTRO PERTENECIENTE A DISTINTO DUEÑO, lo que viene a ser un verdadero «derecho limitado en cosa ajena».

Al definirse la servidumbre en la forma expuesta, ¿quiere decirse con ello que no quepa reconocer también la existencia de un DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA? No nos parece aventurado afirmar que esta figura jurídica ha sido vislumbrada ya por el jurisconsulto Paulo en la ley 39 del título II, libro VIII, del Digesto. Al recordar la regla general «Ninguno puede imponer servidumbre a sus propios edificios» (NEMO ENIM PROPRIIS AEDIFICIIS SERVITUTEM IMPONERE POTEST), establece, al propio tiempo, de un modo categórico, una excepción: «A no ser que el que cede y aquel a quien se cede estén de modo que el uno pueda impedir la vista del otro» (NISI ET IS QUI CEDIT, ET IS CUI CEDITUR, IN CONSPECTU HABEANT EA AEDIFICIA, ITA UT OFFICERE ALTERUM ALTERI POSSIT).

Según el texto que hemos tenido a la vista (1), parece, pues, ha-

(1) EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO traducido y publicado en el siglo anterior por el Licenciado D. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, publicado nuevamente por D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gál y Gómez. Madrid Imp. Ramón Vícent, 1872 Tomo I, pág. 327

berse reconocido, para este caso particular (cuando el edificio destinado a permanecer en propiedad del cedente y aquel destinado a ser cedido estén situados de manera que se obstruyan mutuamente la vista), el derecho del propietario cedente a imponer él mismo una servidumbre a su propio edificio.

La conocida doctrina sustentada en las leyes 36 y 37 del título y libro del Digesto, citados por los jurisconsultos Papiniano y Juliano, respectivamente, antecedente remoto del artículo 541 del vigente Código civil español (según lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1911), ofrece también especial interés en este lugar. Este principio, conforme al cual la existencia de un signo apparente entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enajenase una, como título para que la servidumbre CONTINÚE activa y pasivamente... «refleja, asimismo, la preocupación, ya en tiempos tan remotos, acerca de un fundamentalísimo problema jurídico que muestra indudable analogía con el enunciado por Schmidt-Rimpler al comienzo de la obra que examinamos.

De admitirse, en consecuencia, la posibilidad de un DERECHO LIMITADO EN COSA PROPIA, es evidente que éste habría de ostentar la misma categoría que el DERECHO LIMITADO EN COSA AJENA, término que muchos autores equiparan al de servidumbre, teniendo presentes aquellas legislaciones que engloban el uso, el usufructo y la habitación entre las servidumbres calificadas de personales.

Con tales antecedentes es indudable que ya no cabe considerar a la servidumbre, ni aun para quienes conceden a esta figura jurídica un ámbito tan extenso, como especie de primer grado en la clasificación de los derechos reales.

Por este motivo opta Schmidt-Rimpler por prescindir del referido grupo de tratadistas impugnadores de la servidumbre del propietario, lo mismo que de aquellos otros que se basan en las llamadas «teorías funcionales de la propiedad», como Brinz, Leist y Trendelenburg, con las que nuestro autor no se halla conforme en modo alguno.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(*Se continuará*)