

# La servidumbre a favor del propietario

Dr. Walter Schmidt-Rimpler (1)

## INTRODUCCION

Una Sociedad adquiere en propiedad grandes porciones de terrenos, que divide en parcelas, enajenando éstas sucesivamente para la construcción de casas con jardín o viviendas para obreros (por ejemplo). Los adquirentes de cada parcela quedan obligados, en virtud de una cláusula de la escritura, a no edificar más que casas de cierta altura o de determinado número de pisos, a dedicar parte del terreno adquirido a huerto o jardín, etc.

Como medio racional para conseguir que dichas limitaciones sean consideradas como verdaderas cargas de carácter real, obligatorias para todo sucesivo adquirente de cada parcela, es necesario partir del supuesto de que éstas, cuando aún permanecían en plena propiedad de la entidad enajenante, se hallaban ya entonces gravadas con las correspondientes y recíprocas servidumbres, de las que dimanaban las limitaciones en la facultad de disponer arriba anunciadas, que los adquirentes de las parcelas habrán de soportar.

Este resultado obliga a admitir de una parte la existencia de una verdadera servidumbre predial a favor de la entidad propie-

(1) Nos proponemos resumir y publicar una serie de trabajos monográficos de los más célebres juristas alemanes, en forma que satisfaga a nuestros lectores y les permita hacerse cargo con rapidez de los problemas de mayor trascendencia civil. (*Nota de la Redacción.*)

taria de las diversas parcelas, es decir, sintetizando, a favor del dueño de ambas clases de predios: dominante y sirviente, y como consecuencia de dichas recíprocas servidumbres, es forzoso reconocer asimismo a estos propietarios de ambas clases de predios la facultad de adoptar por sí mismos cuantas disposiciones dimanen de las obligaciones y derechos inherentes a las servidumbres existentes entre los diversos predios de su pertenencia.

Los tratadistas Huber y Junker dieron un paso más, atreviéndose a sostener que sólo reconociendo las legislaciones a favor de todo propietario, esta facultad, que, abreviadamente, cabe denominar de la *autonómica adopción de disposiciones* (Selbstbestellung), como consecuencia del derecho a establecer servidumbres entre distintos terrenos de su pertenencia, es como podría posibilitarse el cumplimiento de todos los fines encomendados a la propiedad. Al primero de dichos autores le cupo la suerte de ver lograda la realización práctica de su ideal con ocasión de la promulgación del Código civil suizo, que autoriza, en su artículo 733, a todo dueño a establecer una servidumbre predial sobre un fundo de su propiedad a favor de otro inmueble de su misma pertenencia; Junker, en cambio, hubo de reconocer que el Código civil alemán no admitía el derecho a la autonómica adopción de disposiciones a favor del dueño de diversos inmuebles, en el sentido antes enunciado, resignándose a propugnar una reforma del Cuerpo legal germánico conforme a sus aspiraciones.

Estudiando la evolución del problema a través de la historia del Derecho privado, se observa que ya en el Derecho de la época de Justiniano existían notorias excepciones al axioma *Nemini res sua servit*. Es, por otra parte, curioso observar, según nuestro autor, que cuando algún tratadista ha procurado explicar sistemáticamente estas excepciones como emanadas del derecho de plena disposición que corresponde al dueño, ha tomado inevitablemente como punto de partida el derecho a hipotecar, en vez del derecho a establecer servidumbres, lo cual se justifica por la mayor importancia que siempre se ha atribuido a aquella primera especie de gravámenes; mas proceder así implica, según frase gráfica de Schmidt-Rimpler, trabajar con dos incógnitas, toda vez que el concepto de hipoteca está (según nuestro autor) tan sujeto a polémica, siendo, además, de por sí tan impreciso como el de pro-

riedad. Por este motivo, tropezaban quienes intentaban seguir dicho camino con obstáculos que, más bien que de la naturaleza del derecho sobre la cosa propia, dimanaban de un concepto tan complejo y difícil de precisar como el del gravamen hipotecario.

..

### *Conceptos de propiedad y de servidumbre.*

En su obra se propone Schmidt-Rimpler, ante todo, examinar a fondo ambos conceptos: el de *propiedad* y el de *servidumbre*, con objeto de averiguar si de la naturaleza conceptual de ambas instituciones se infiere algo que lógicamente pueda excluir la coexistencia de ambos derechos.

Denomínase, en consecuencia, la primera sección de la parte principal de la obra, *Los conceptos de propiedad y de servidumbre*, y el primer capítulo de dicha sección, *Propiedad y Derecho limitado*. Tan fácil como parece encontrar en un momento dado una o varias definiciones del derecho de propiedad, de aquéllas que con ligeras variantes se encuentran repetidas en numerosos tratados elementales de Derecho civil y cuya literal enunciación suele frecuentemente sacar de apuro al examinando en un ejercicio oral, tan difícil resulta luego aportar una demostración convincente y clara de que el concepto jurídico, tal como se ha definido, corresponde efectivamente a la realidad con el carácter de universal aplicación.

Dicha labor, de por sí compleja y dificultosa, halla su mayor obstáculo en la inconsciente propensión (que sólo la experiencia logra vencer) a suponer suficientemente dominados todos los conceptos jurídicos enunciados, teniendo por exactas definiciones de ellos conocidas, que a veces no lo son, y propasándose, en consecuencia, atravesar de un hábil salto verdaderos abismos, por encima de los cuales se imagina la existencia de puentes ficticios, de que otros investigadores de buena fe suelen luego intentar valerse, corriendo el grave riesgo de caer al precipicio.

El primer método que analiza nuestro autor consiste en comenzar por el examen de una definición del Derecho de propiedad, procurando, a continuación, demostrar su exactitud con ejemplos obtenidos de legislaciones positivas vigentes o históricas, y fre-

cuentemente intentando hacer ver a continuación cómo, por el contrario, tales o cuales características de los preceptos legales examinados no aparecen bien delimitadas en otras definiciones.

El mayor inconveniente que, según nuestro autor, ofrece este primer método, más propio de obras vulgarizadoras que de traslados científicos, consiste en que tomando como punto de partida una definición, derivada de determinadas relaciones jurídicas conocidas, sólo es realmente aplicable a éstas y al ambiente social en que se produjeron, y al variar dichas situaciones, necesariamente habrá de alterarse con ellas el concepto de la propiedad, tal como se daba por definido.

De idéntica carencia de universal aplicabilidad adolecería fácilmente cualquier definición que intentara obtenerse como síntesis de un estudio del Derecho de propiedad a través de las sucesivas evoluciones sufridas por el mismo desde sus comienzos. Afortunada es, sin duda alguna, la referencia que en este lugar hace nuestro autor a las palabras de Stammler en su *Doctrina del Derecho justo*: «Presupone la historia de la propiedad un concepto sistemáticamente asegurado de ésta como general y fundamental problema del Derecho, problema que ha sido enunciado y resuelto de distinto modo a través de la Historia.»

Otro autor contemporáneo, Kantorowicz, que reconoce los inconvenientes de los anteriores sistemas, procura remediarlos, acudiendo a dos definiciones distintas: una, *nominal*, establecida *a priori* según puntos de vista puramente científicos, que nuestro autor denomina verdadero *principio heurístico*, y otra definición *real*, formada por el examen sistemático de la institución jurídica en cuestión a través de todos los tiempos y en los más diversos pueblos. Procurando que la definición real sea lo más completa posible y eliminando de ella cuanto no sea de general aplicación, es como cree Kantorowicz lograr su aproximación con la definición nominal, hasta el punto de conseguir una que prácticamente sea de universal aplicabilidad, estando, no obstante, basada en la apreciación de la vida real.

No se remedia con este método el inconveniente que la definición real, con tantas dificultades alcanzada, permanezca aún afectada de ciertas características propias de alguna legislación concreta, que el definidor haya tenido particularmente presente durante

su estudio. Por este motivo, acude Schmidt-Rimpler, con preferencia, al método ideado por Harbrucker, cuyo autor parte de una fundamental distinción entre *teoría del Derecho* y *empiría del Derecho*.

*Teoría del Derecho* denomina dicho autor al estudio de los preceptos jurídicos y positivos a la luz de conceptos *a priori*. Tomando como punto de partida el concepto de la relación jurídica en general y haciendo la necesaria abstracción de toda relación jurídica en concreto, podemos, en todo caso, formar un sistema justificadamente completo de conceptos de relaciones jurídicas que sea de universal aplicación.

No obstante, es obligado reconocer que llega un momento en el que la integridad del sistema falla, y entonces se da el caso de que el concepto general en cuestión no abarca ya criterios de clasificación puramente lógicos, sino que su contenido ha de ser aportado desde fuera con el producto de una sistemática observación de fenómenos empíricos, o sea el resultado de estudios practicados según un método inductivo, que por sí solo nunca podría conducir a definiciones de universal aplicabilidad.

\* \* \*

Hecho esto, sólo nos resta examinar si el concepto expuesto en la definición (la propiedad, en nuestro caso) encaja sistemáticamente en el cuadro de las instituciones jurídicas. Para ello hemos de considerar que el derecho de propiedad constituye la *primera subespecie entre los que conceden la facultad de exclusiva disposición sobre una cosa* determinada, complementándose con *otra subespecie* de idéntica categoría de esta clase de derechos: los denominados *derechos limitados*; de manera que el derecho de propiedad, juntamente con los derechos limitados, abarquen todas las relaciones jurídicas que racionalmente pueden darse en una misma cosa, pero con la diferencia indicada; que así como *única-mente* existe un *derecho de propiedad* solo y exclusivo, en concepto de tal, *sobre cada cosa*, caben, por el contrario, *diversos* «derechos limitados» sobre la misma cosa.

Da nuestro autor por definida la relación jurídica como conexión jurídicamente ordenada de seres humanos entre sí. Esta relación jurídica implica la regulación de la conducta de un sujeto de de-

recho en relación a otro, siendo indiferente para estos efectos que en lugar del sujeto individual actúe un grupo o colectividad de sujetos.

Esta relación supone, por parte de uno de los sujetos, una determinada actuación en beneficio de otro sujeto, que puede consistir en una *acción* o en una *omisión* y ofrecerse a *otro sujeto especialmente calificado*, o simplemente a *todos los demás*.

De aquí las cuatro clases de relaciones jurídicas que distingue nuestro autor :

I. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una acción a uno especialmente calificado*.

II. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una acción a los demás*.

III. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una omisión a uno especialmente calificado*.

IV. Relaciones jurídicas en las que se ofrece *una omisión a los demás*.

Reconoce Schmidt-Rimpler que algún tratadista, como Harbrucker, niega la posibilidad práctica de la existencia dentro del ámbito del Derecho privado de las relaciones jurídicas de la categoría II del anterior cuadro, o sea de aquellas por las cuales se ofrece a todos los demás ejecutar una acción, pero ello no implica, según nuestro autor, que haya de negarse lógicamente su existencia.

Stammler divide las relaciones jurídicas en dos categorías : las que implican una *conjunción* y aquellas que determinan una *exclusión*, y estas últimas, a su vez, en dos subespecies, según den por supuesto, atendiendo a su naturaleza :

1) Que se prohíba una acción (primer principio a que se atiene nuestro autor para formular su clasificación).

2) Que se prohíba una acción a la totalidad de los demás (segundo principio conforme al que Schmidt-Rimpler establece su clasificación).

En cuanto a las relaciones jurídicas conjuntivas, entiende Stammler que se imponen siempre a personas determinadas ; mas en lo **fundamental**, es innegable la coincidencia de ambos autores.

La consecuencia más interesante de la aplicación de las indicadas clasificaciones es precisamente que ella excluye por incom-

patibilidad la utilización simultánea de la división de las relaciones jurídicas en reales y obligatorias, toda vez que si los derechos reales no son, en verdad, sino una especie de relaciones jurídicas que implican exclusión, los denominados derechos personales o relaciones jurídicas de carácter obligatorio no comprenden a su vez sino una parte de las relaciones conjuntivas.

Esta clásica división de los derechos en personales y reales no implica, pues, por cuanto vemos, sino una subclasificación meramente casual dentro de las categorías antes examinadas.

Por lo que respecta a las relaciones jurídicas que implican exclusión, distingue nuestro autor :

- 1) Las que determinan exclusión por parte de un sujeto frente a todos los demás.
- 2) Las que determinan exclusión por parte de un sujeto frente a todos los demás, con excepción de ciertas personas especialmente calificadas.

En cuanto a la clase de actos que han de quedar prohibidos en virtud del derecho de exclusión, pueden clasificarse éstos según su contenido ; pero resultaría harto difícil, por no decir imposible, lograr una enumeración verdaderamente completa, procediendo de esta forma.

Muy distinto se presenta el caso si, para determinar la clase de actos que han de prohibirse, tenemos en cuenta la relación de dichos actos con un determinado objeto ; entonces cabe distinguir como subespecies : la prohibición de toda posible inmisión (*Einwirkung*) sobre un objeto y la prohibición sólo de una determinada inmisión sobre ese mismo objeto.

Cabe, pues, establecer la siguiente clasificación :

- 1) Prohibiciones, frente a todos los demás, sin excepción,
  - a) de toda inmisión ;
  - b) de determinada inmisión.
- 2) Prohibición frente a todos los demás, con excepción de ciertas personas especialmente calificadas,
  - a) de toda inmisión ;
  - b) de determinada inmisión.

Teniendo en cuenta que toda relación jurídica se halla necesariamente condicionada por una regulación externa, resultan de

todo punto inadmisibles los derechos de exclusión frente a todos los demás, así como las prohibiciones que abarquen inmisiones de todas clases.

La admisión de atribuciones semejantes implicaría, en efecto, la concesión al titular del derecho de una facultad de usar y abusar ilimitadamente de la cosa y, por otra parte, la posibilidad de excluir arbitrariamente a toda otra persona, inhibiéndose así de toda *regulación*, sin la cual no puede lógicamente existir relación jurídica alguna digna de llevar este nombre.

Reducido, por consiguiente, el ámbito de los derechos de exclusión a aquellos que se limitan a prohibir sólo ciertas relaciones jurídicas con relación a todos, pero excepción hecha de ciertas personas especialmente calificadas, cabe formular dentro de esta categoría una nueva subdivisión de índole puramente lógica.

Ha de tenerse en cuenta que para determinar el ámbito de lo que deba considerarse autorizado, puede procederse de dos maneras. Cabe hacer una *enumeración* de todas aquellas relaciones jurídicas que se declaran lícitas, o también pueden determinarse éstas *por vía de exclusión*, o sea: declarando, en principio, autorizadas toda clase de inmisiones y eliminando, acto continuo, ciertas y determinadas relaciones, a título de excepción.

De esta forma se obtiene la siguiente nueva clasificación de los derechos de exclusión:

- 1) Derechos de exclusión cuyo contenido se fija por vía de *enumeración*, o sea positivamente, y
- 2) Derechos de exclusión cuyo contenido se determina *negativamente*, o sea por vía de excepciones a una regla general (es decir, la exclusión propiamente dicha).

Fácilmente se comprende el grave inconveniente que ofrece toda determinación por enumeración; fatalmente ha de presentarse alguna vez una situación jurídica no prevista de un modo expreso al formular dicha enumeración, situación que llegaría a permanecer exenta de toda regulación jurídica.

Dicho inconveniente queda fácilmente remediado mediante la posibilidad de fijar este mismo contenido por vía de exclusión. Así tenemos una regla general a la cual atenemos: *la licitud*, y las excepciones a esta regla, taxativamente fijadas: *las relaciones jurídicas declaradas expresamente prohibidas*.



Toda posible situación jurídica tiene, de este modo, su perfecta regulación: será autorizada o excluida de la licitud.

Lograda esta clasificación, aún nos resta establecer otra de naturaleza tal, que nos permita diferenciar las distintas clases de derechos que cabe sean ostentados por un mismo titular sobre idéntica cosa. Surgiendo dicha coincidencia, es forzoso prever la posibilidad de una *colisión* (o sea la incompatibilidad total o parcial del contenido de las facultades de ambos titulares).

Para poner remedio a semejantes conflictos, es indispensable establecer una relación de rango. Un derecho de exclusión puede, por su naturaleza, ser de índole tal, que forzosamente haya de suceder en rango a todos los demás asistentes o que puedan darse sobre una misma cosa, o bien ser de tal naturaleza, que sólo suceda en rango a determinada clase de derechos que afecten o puedan afectar a la referida cosa.

Conforme a estos antecedentes, cabe clasificar los derechos de exclusión según el siguiente cuadro:

- 1) Derechos de exclusión determinados *positivamente*,
  - a) que, por el rango que les corresponde, pueden colocarse con anterioridad o con posterioridad a ciertos otros;
  - b) que, por el rango que les corresponde, han de situarse con posterioridad a todos los demás que afecten a la misma cosa.
- 2) Derechos de exclusión determinados *negativamente*,
  - a) que, por el rango que les corresponde, pueden colocarse con anterioridad o con posterioridad a ciertos otros;
  - b) que, por el rango que les corresponde, han de situarse con posterioridad a todos los demás que afecten a la misma cosa.

¿En cuál de las anteriores categorías—nos preguntamos—cabrá clasificar el derecho de propiedad?

Según las exigencias sistemáticas de nuestro autor, el derecho de exclusión calificado como derecho de propiedad, sólo se comprende de manera que pueda afectar a una cosa determinada, juntamente con los llamados derechos limitados.

Por el contrario, no podrá admitirse en una misma cosa la

coincidencia de dos distintos derechos, de aquellos que por su naturaleza han de posponerse necesariamente a todos los demás. Estos sólo serán compatibles con aquellos otros derechos que tienen por característica el anteponerse o posponerse, según la clase del derecho con el que concurran en la misma cosa.

El derecho de propiedad, cuya característica consiste precisamente en que únicamente puede darse una vez en cada cosa, debe, evidentemente, clasificarse entre aquellos que necesariamente han de posponerse en rango a todos los demás que recaigan sobre la misma cosa; cabe, por tanto, dentro de las categorías 16 y 26 de la clasificación antes referida.

Ahora sólo nos resta preguntarnos si la propiedad es un derecho de exclusión determinado, en cuanto a su contenido, por enumeración de las facultades concedidas, o sea positivamente, o bien por vía de eliminación de aquellas facultades no reconocidas, siendo las demás lícitas (determinación negativa).

Hemos de tener muy presente que los llamados derechos de exclusión tienen por finalidad primordial la de conceder a su titular facultades sobre la cosa, conducentes a la satisfacción de las necesidades del mismo, pero que, por otra parte, es claro que el derecho excluyente no llega formalmente a agotarse sino en virtud de la exclusión de los demás.

Por eso se da el caso de que cuando un derecho de exclusión se antepone a otro de igual categoría, el titular del segundo no tiene ya ni la posibilidad de utilizar la cosa para la satisfacción de sus necesidades, por hallarse excluido por el derecho anterior en categoría (como acaece en el caso de dos usufructuarios de distinto rango).

Es, por otra parte, indudable que el modo de determinación negativo ofrece muchas mayores garantías para la eficacia práctica del derecho de exclusión que el método de definición por enumeración, por los motivos antes expuestos.

Quando una legislación determina el contenido de cierta relación jurídica partiendo de un concepto de totalidad, procura que se hallen autorizadas todas aquellas relaciones por virtud de las cuales pueda la cosa hacerse útil para la satisfacción de necesidades, con excepción de aquellas que concretamente o de una manera general específica, bien porque sean de índole tal, que res-

pecto a ellas no quepa conceder la libre disposición, o bien porque deban considerarse como objeto de un derecho especial, coordinado al que precisamente es objeto de la definición.

Aquí nos viene a la memoria la definición dada al derecho de propiedad por el Código de las Partidas: «*Señorío es poder que ome ha en su cosa de facer della e en ella lo que quisiere segund Dios e segund fuero*».

Nos muestra este ejemplo de definición un derecho de exclusión llamado «señorío», que comprende en sí todas aquellas relaciones para las que cualquier otro derecho concede facultad (poder que el hombre tiene en la cosa para hacer de ella y en ella lo que quisiere), sólo limitado por las necesarias salvedades impuestas por la moral y la equidad y por las disposiciones legales que hagan compatible este derecho de dominio o señorío sobre la cosa con el interés general, salvedades que el Código medieval sintetiza perfectamente en los términos «segund Dios e segund fuero».

Con esta definición muestra alguna analogía la que aparece en el artículo 344 del Código Napoleón: «*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por la Ley o por los reglamentos*».

Aquí vemos también una definición por exclusión: La propiedad es un derecho amplísimo de gozar y disponer de las cosas, caracterizado por los términos «*de la manera más absoluta*», pero con las necesarias salvedades basadas en motivos de índole ético-moral o de interés del procomún que las leyes y reglamentos sabrán imponer.

La anterior definición debió, sin duda, servir de pauta a los redactores del vigente Código civil español, toda vez que en el artículo 348 del mismo tan sólo aparece omitida la locución «de la manera más absoluta» (previniendo, con indudable acierto, el riesgo de interpretaciones poco prudentes en sentido individualista) y la referencia a los reglamentos, por estimarla, sin duda, innecesaria, agregándose, en cambio, la declaración, en el propio artículo, del derecho del propietario a reivindicar la cosa del tenedor y poseedor de la misma.

Las características de la definición siguen siendo las mismas (a pesar de la diferencia señalada) que las del artículo correspon-

diente del Código francés: La propiedad sigue siendo el derecho de gozar y disponer de una cosa, facultad de carácter amplísimo, reconocida *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*.

De las anteriores definiciones, que a título de ejemplo recordamos, se infiere que un derecho de exclusión fijado negativamente, como lo es en todas aquéllas, no puede preceder en rango a ningún otro, pues aquellas limitaciones impuestas por la moral y la equidad o por las leyes y reglamentos, debido a razones de interés general, han de figurar en todo caso en rango preferente al derecho de propiedad, en virtud de su superior finalidad.

Además, hemos de acoger los siguientes razonamientos de Schmidt-Rimpler:

a) Que si el derecho negativamente determinado ha de coincidir en todo o parte de su contenido con los fijados en virtud de enumeración positiva, estos últimos carecerían de utilidad práctica en el caso de colocarse aquel derecho, negativamente determinado, en rango anterior, pues no servirían para satisfacer ninguna necesidad de su titular.

b) Que es de todo punto imposible eliminar de la clasificación los derechos negativamente determinados, por ser los únicos que permiten la atribución de la cosa a un titular, para el adecuado ejercicio del derecho de disposición sobre la misma.

c) Que cuando se dan en una misma cosa varios derechos de contenido positivamente determinado, ya sabemos que se corre el riesgo de que surjan relaciones jurídicas carentes de titular legítimamente facultado para ejercerlas, situación que a todo legislador interesa remediar, evitando asimismo, en lo posible, que pueda haber dos sujetos con facultad de ejercer un mismo derecho.

De aquí la aspiración de nuestro autor a dar la mayor permanencia posible al derecho de exclusión negativamente determinado.

Por cuanto queda expuesto, entiende Schmidt-Rimpler que procede hacer caso omiso de la categoría segunda de la anterior clasificación, o sea de aquellos derechos determinados negativamente que no habían de colocarse forzosamente en último rango con los demás que afecten o puedan afectar a la misma cosa.

No cree, por consiguiente, nuestro autor que pueda existir en la práctica una especie de «derecho de propiedad» fijado por enu-

meración positiva, pues tal derecho de exclusión, aunque por ministerio de la Ley hubieran de colocarse siempre en último rango, en concurrencia con los demás, y se le otorgasen cuantas prerrogativas son inherentes al verdadero derecho de dominio, no pasaría de ser una ficción de tal, entre otras razones, porque ofrecería el riesgo de que surgiese la consabida carencia de titular sobre relaciones jurídicas, imposibles de prever todas ellas aun con las enumeraciones más detalladas.

Así, pues, cabe definir *la propiedad como el derecho de exclusión sobre una cosa, determinado negativamente en cuanto a su contenido y que ha de situarse en rango posterior a todos los demás derechos que puedan suponerse sobre la misma cosa.*

Cabe, a su vez, reconocer *el derecho limitado como aquel derecho de exclusión determinado positivamente que ha de colocarse, en cuanto a su rango, con anterioridad a otros determinados derechos que puedan suponerse sobre la misma cosa.*

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)