

LECCION NOVENA.

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES.

I.

Preliminares.

En la lección precedente hemos considerado las servidumbres estudiando sus caracteres esenciales, que concurren en todas sin excepción alguna, y sin los cuales no pueden existir: esto es, las hemos considerado bajo su punto de vista general.

Ahora vamos á ocuparnos de su estudio, considerándolas bajo otro aspecto; esto es, con relación á su origen.

Las servidumbres deben su origen, ya á la naturaleza por la situación de los predios, ya á las prescripciones de la ley, que por el interés público ha establecido ciertos gravámenes que sirven para normar los respectivos derechos de los propietarios colindantes; ya de las necesidades y de las conveniencias recíprocas de los propietarios que dependen de la voluntad de éstos.

De manera que las servidumbres provienen, como dijimos en la lección precedente, del contrato ó última voluntad de los propietarios, por cuyo motivo se les llama voluntarias; y de la situación de los lugares, sancionadas por la ley, y de las prescripciones de ésta, por lo cual se les llama legales.

Dejando para la siguiente lección el estudio de las servidumbres voluntarias, nos ocuparemos en ésta del en las legales.

Servidumbre legal, según el artículo 1,056 del Código civil es que existe sin necesidad de convenio ni prescripción, y que con consecuencia natural de la respectiva posición de los predios, reconoce la ley, ya en utilidad pública y comunal, ya en beneficio de particulares.¹

La mayor parte de los comentaristas del Código Francés, de donde está tomada la distinción de las servidumbres en legales y voluntarias, sostienen, según creemos, con justicia, que las legales no son propiamente hablando, unas verdaderas servidumbres, sino restricciones del derecho de propiedad, que resultan de la situación natural de los lugares y de los preceptos de la ley.

Según esos intérpretes, la servidumbre es una excepción impuesta al derecho común; y las disposiciones relativas á las llamadas servidumbres legales, lejos de afectar el carácter de una excepción, constituyen la regla general, el derecho común de propiedad. De donde se infiere, que no son servidumbres.

Para que pueda existir la servidumbre, es preciso que un predio se halle respecto de otro en un estado de sujeción, al cual no está sometido según las reglas del derecho común, y que esta sujeción disminuya el derecho de un predio y disminuya el del otro. Y esta circunstancia esencial es la que falta precisamente en la regla que establece la ley en las llamadas servidumbres legales.

En comprobación de esta verdad, establecen que la heredad, que por contrato ó de cualquiera otro modo, saliera de esas reglas y perdiera los atributos resultantes de ellas, se encontraría en estado de servidumbre; de donde infieren que tales reglas no forman por sí mismas servidumbres, porque la extinción de éstas coloca á los predios bajo las prescripciones del derecho común, pero no liberta á uno de ellos á la vez sujeta á servidumbre al otro.

Estas poderosas razones, que conducen á sus autores á concluir que no es verdaderamente científica la distinción á que nos referimos, les obliga á justificarla, diciendo que las reglas relativas á las llamadas servidumbres legales, se han unido á las que rigen á

1 Artículo 955, Código civil de 1,884.

voluntarias, que son las servidumbres propiamente dichas, con el objeto de formar un cuadro completo de las disposiciones cuyo objeto común es reglamentar la propiedad raíz; disposiciones que tienen grande atinencia entre sí, porque afectan esencialmente á las heredades y no á las personas, sino en tanto que son poseedoras de ellas.

Los principios establecidos sobre las servidumbres legales y los derechos y obligaciones que engendran, son idénticos á los que conciernen á las servidumbres en general, pues el artículo 1,057 del Código civil así lo declara expresamente, exceptuando los preceptos contenidos en los artículos 1,146 y 1,149, que suponen necesariamente la voluntad de los interesados y la existencia de un contrato.¹

Sin embargo, se debe tener presente, que tales reglas son aplicables á las servidumbres legales en todos los casos en que respecto de ellas no está establecido algún precepto especial. Es decir, que las servidumbres tienen algunas reglas especiales que no son aplicables á las voluntarias.

Establecidos estos precedentes, vamos á ocuparnos del estudio de una de las servidumbres legales, en el mismo orden en que las trata y reglamenta el Código civil.

II.

De la servidumbre legal de aguas.

El artículo 1,058 del Código declara que los predios inferiores están obligados á recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, caen de los superiores; así como la piedra ó tierra que arrastran

²

Las palabras claras y terminantes de este precepto nos demuestran que sólo tiene aplicación respecto de las aguas que caen naturalmente y sin ninguna obra del hombre, de cualquiera manera que se formen; ya sean pluviales que caigan directamente sobre el pre-

¹ Artículo 956, Código civil de 1,884.

² Artículo 957, Código civil de 1,884.

dio superior, ó que lleguen hasta él por su situación natural; ya provenientes de un manantial que forman una corriente continua más ó menos regular; ya del deshielo y las filtraciones.

Por consiguiente, si el dueño del predio superior hubiere ejecutado alguna obra para que las aguas se reúnan en una sola corriente para dirigir su curso por un lado más bien que por otro, el propietario del predio inferior no está obligado á recibirlas.

De aquí se infieren las siguientes consecuencias:

1.^a Que el propietario del predio superior no puede hacer obras que graven la servidumbre del inferior; y que el dueño de éste tenga acción para pretender la destrucción de esas obras, si se llegaren á ejecutar:

2.^a Que la servidumbre á que nos referimos no tiene lugar respecto de las aguas que provienen de un acontecimiento fortuito ó de fuerza mayor, como las debidas á una inundación; pues en tal caso deben su origen á un acontecimiento que no se halla en el orden natural y ordinario de las cosas, y por tanto, el dueño del predio inferior puede ejecutar las obras que creyere necesarias para defenderlo de las consecuencias de la inundación.

Se ha suscitado entre los autores, controversia á cerca de si el dueño del predio inferior está obligado á recibir las aguas provenientes de un manantial abierto en el superior por obras emprendidas por su propietario, dando lugar á diversas teorías.

Pardessus, por ejemplo, establece la siguiente distinción: ó el manantial se descubre por los trabajos ordinarios de cultura de un campo, como la apertura de un foso, la nivelación de un terreno y otras, ó bien las obras se han ejecutado exclusivamente con el objeto de obtener el agua, como si el propietario del fundo superior hubiere hecho construir un pozo artesiano. En el primer caso se deben considerar las aguas como una corriente natural, porque son el efecto del derecho que tiene todo propietario de mejorar los predios de su propiedad; y en el segundo no está obligado el dueño del predio inferior á recibir las aguas del superior debidas exclusivamente á las obras del hombre, y no á la naturaleza, á la situación de los predios. ¹

1 Pardessus. Des servitudes; Tomo I. núm. 83.

Refiriéndose Aubry y Rau á esta distinción, se expresan en los términos siguientes: "Este temperamento se justifica por la consideración de que se debe ver un caso fortuito en la salida accidental é imprevista de las aguas llevadas á la superficie del suelo por trabajos en sí mismos inofensivos, salvo, sin embargo, la obligación del autor de estos trabajos de reparar el daño producido, conforme á la máxima, *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur*. Estaríamos también dispuestos á adoptarlo, á pesar del disentimiento de Demolombe, si la legislación no hubiera traído después el remedio á la situación de que se trata, autorizando á todo propietario para procurarse, mediante la obligación de indemnizar, un paso artificial para desembarazarse de las aguas que perjudican su predio. De aquí se infiere que todos los temperamentos puestos á la regla contenida en el texto, no tienen ninguna razón de ser; y si el propietario del predio inferior puede ser obligado á dar paso al derrame de las aguas que la mano del hombre ha hecho surgir en el predio superior, no tiene este deber, como cualquiera otro vecino, sino bajo las condiciones indicadas por las leyes citadas en la nota 10.^a" ¹

Hemos trasladado textualmente el anterior pasaje, porque tiene una exacta aplicación entre nosotros; pues en los preceptos del Código civil, se han incluido casi literalmente los de las leyes francesas que se refiere.

En efecto: el artículo 1,073 del Código declara, que todo el que quiera usar agua de que pueda disponer tiene derecho de hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar á los dueños; así como á los de los predios inferiores, sobre los que se entren ó caigan las aguas; y el 1,086 declara, que las disposiciones concernientes al paso de las aguas son aplicables al caso en que el poseedor de un terreno pantanoso quiera desecarlo ó dar salida por medio de cauces á las aguas pantanosas. ²

De manera: que según nuestra legislación, aunque las aguas deban tener origen á las obras del hombre, en el caso á que nos referimos, es obligado el dueño del predio inferior á recibirlas mediante la indemnización respectiva, en los términos que señala la ley, de cuyo estudio nos ocuparemos después.

¹ Cours de droit civil; Tomo II, § 164, nota 8.^o

² Artículos 970 y 983, Código civil de 1,884.

Pudiera parecer á primera vista que hay contradicción entre este precepto y el sancionado por el artículo 1,058, según el cual los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que, por efecto de su naturaleza y sin obra del hombre caen de los superiores; pero en un examen detenido de ambos preceptos, basta para demostrar que no existe tal contradicción, pues en el caso á que se refiere el artículo 1,058, los propietarios tienen la obligación de recibir siempre en sus predios las aguas sin derecho alguno á ser indemnizados; y en el caso del artículo 1,073 no tienen tal obligación si no es que se les indemnice competentemente del perjuicio que se les pueda causar.

Es decir: que la ley establece una excepción de la regla general por el beneficio de la agricultura, pero procurando hacerla lo menos onerosa posible mediante la indemnización respectiva.

De los términos del artículo 1,058, que obliga al propietario del predio inferior á recibir las aguas que caen del superior, y de los del artículo 1,059, que le prohíbe hacer obras que impidan dicha servidumbre, se infieren las siguientes consecuencias: ¹

1.^a Que los dueños de los predios inferiores están obligados á recibir también la piedra ó tierra que arrastren las aguas en su curso.

2.^a Que no pueden exigir ninguna indemnización á los propietarios de los predios superiores por los perjuicios que les causen las aguas en sus fundos:

3.^a Que no pueden ejecutar obras de ninguna especie, cuyo resultado sea hacer refluir las aguas sobre los predios superiores; es decir, que no pueden impedir el ejercicio de la servidumbre.

Según la opinión de autores respetables, la prohibición impuesta á los propietarios de los predios inferiores no les impide ejecutar todas aquellas obras que creyeren convenientes para hacer la servidumbre lo menos onerosa, como cubrir las escavaciones hechas por las aguas, pero á condición de que no refluyan éstas sobre los predios superiores.

Esta opinión es perfectamente justa y equitativa, pues no autoriza la construcción de obras que impidan la servidumbre, sino de aquellas que tienen por objeto remediar y hacer menos perjudiciales los estragos de las aguas, y sin las cuales llegarían á destruirse en gran parte los predios y á hacerse inútiles para el objeto de su destino.

¹ Artículo 958, Código civil de 1,884.

Siguiendo los principios del derecho Romano, reproducidos por la ley 15, tít. 32, Partida 3.^a, declara el Código civil, que el dueño de un predio en que existan obras defensivas para contener el agua, ó en que por la variación del curso de ésta sea necesario construir nuevas, está obligado á su elección, á hacer las reparaciones ó construcciones, ó á tolerar que sin perjuicio suyo las hagan los dueños de los predios que experimenten ó estén inmediatamente expuestos á experimentar daño; á no ser que las leyes especiales de policía le impongan la obligación de hacer las obras. (art. 1,060, Cód. civ.)¹

Este precepto, que obedece á los principios de la más estricta justicia, concilia á la vez los intereses de los propietarios de los predios superior é inferior, sin infringir los fundamentales que rigen respecto de las servidumbres, según los cuales, el dueño del predio sirviente solo está obligado á tolerar ó á permitir la ejecución del hecho en que consiste la servidumbre, pero no á hacer algo necesario para el ejercicio de ella.

De manera, que en virtud de este precepto, el propietario del predio en que sea necesario hacer reparaciones á las obras defensivas para contener las aguas ó construir nuevas, está obligado á permitir su ejecución á los interesados en ellas; pero si quiere evitarse las molestias consiguientes á la introducción en su heredad de personas extrañas, puede hacer esas obras.

Esta regla sufre una excepción cuando las leyes de policía obligan al propietario á construir ó reparar las obras defensivas, pues en tal caso, por el beneficio público tiene que satisfacer esa obligación, sin que le sea dado elegir á su arbitrio entre ella y el otorgamiento del permiso respectivo para que ejecuten esas obras los dueños de los predios que experimenten ó que estén inmediatamente expuestos á experimentar daño.

La misma regla domina en el caso en que sea necesario desembarazar algún predio de las materias cuya acumulación ó caída impide el curso del agua con daño ó peligro de tercero: es decir, que el propietario del predio en que se ha hecho la acumulación, tiene el deber de desasolver el lecho por donde descienden las aguas, ó de permitir que los dueños de los demás predios que sufren ó se hallan en pe-

¹ Artículo 959, Código civil de 1,884.

ligro inminente de sufrir algún daño, hagan el desasolve, retirando las materias acumuladas. (art. 1,061, Cód. civ.)¹

Pero como en estos casos resultan beneficios evidentes para los predios que sufrían daño por la falta de esas obras, y como no es justo que los propietarios reciban esos beneficios á expensas y con perjuicio del ejecutor de ellas, la ley declara, que todos los propietarios que participan del beneficio proveniente de las obras, están obligados á contribuir al gasto de su ejecución proporcionalmente á sus intereses y á juicio de peritos; y que son responsables de los gastos que por su culpa hubieren ocasionado el daño. (art. 1,062, Cód. civ.)²

Los jurisconsultos distinguen las aguas en aquellas que llaman *vivas*, y las que designan bajo el nombre de *pluviales*.

Se llaman *aguas vivas* aquellas cuya existencia es continua; y pierden este carácter aunque sean intermitentes por alguna causa natural.

En otros términos: las *aguas vivas* son las que nacen del seno de la tierra tengan ó no un curso exterior, como los ríos, los arroyos, los manantiales y los pozos.

Las aguas pluviales son las que caen del cielo ó que provienen de la fusión de la nieve ó del deshielo.

Unas y otras aguas están sujetas á reglas de cuyo estudio nos vamos á ocupar con la brevedad que demanda el carácter de estas lecciones, advirtiendo que, en general, las aguas pluviales están sujetas á las mismas reglas que las vivas.

Las aguas pluviales pertenecen por su naturaleza á aquellas cosas que los jurisconsultos llaman *nullius*, es decir, que no tienen dueño y que las hace suyas el primer ocupante, quien en virtud de la ocupación, adquiere su propiedad y puede darles el empleo que mejor le parezca, ó dejarlas seguir su curso hasta los predios inferiores, cuyos dueños tienen, como hemos dicho, obligación de recibirlas por la situación de aquellos.

Ya se comprende, que cualquiera tiene derecho de apropiarse las aguas pluviales, aunque no hayan caído directamente en el predio

1 Artículo 960, Código civil de 1,884.

2 Artículo 961, Código civil de 1,884.

de su propiedad, sino que desciendan hasta él por la pendiente natural de los lugares, y aunque tengan ese descenso por tubos ó canales; pues estos medios de desagüe empleados por los propietarios de los predios superiores no alteran la naturaleza de las aguas.

No tienen la misma naturaleza las vivas, es decir, las que provienen de una fuente natural ó de un pozo brotante, porque pertenecen, no al primer ocupante, sino al propietario de la heredad en la cual existen, quien, como dueño de ellas, puede darles el destino que mejor le plazca, ya empleándolas en su totalidad en usos propios, ya dejándolas correr para los predios inferiores.

Esta facultad, que es la consecuencia del derecho de propiedad en el predio, en donde nace la fuente ó existe el pozo brotante, ha encontrado, como era natural suponer, la debida sanción en la ley, que declara, que el dueño del predio en que hay una fuente natural, ó que ha hecho construir un pozo brotante, aljibe ó presa para detener las aguas pluviales de su propio fundo, puede usar y disponer libremente de su agua. (art. 1,063, Cód. civ.)¹

Pero la amplísima facultad que tiene el dueño del predio en donde nace el agua para disponer de ella como mejor le parezca, sufre excepción en dos casos; cuando el propietario del fundo inferior ha adquirido sobre el predio superior servidumbre ó cualquiera derecho sobre el uso del agua; ó cuando es necesaria para el uso público.

En uno y en otro caso el derecho de tercero ó el beneficio público limitan el derecho de propiedad que tiene el dueño del predio en donde nacen las aguas.

Pero una vez que éstas salen del predio en donde nacen y corren sobre los predios inferiores, los dueños de ellos adquieren la facultad de hacer de ellas el uso que quieran en provecho propio, y aun adquirir su dominio; pues la ley declara terminantemente que la propiedad de las aguas sobrantes que pasen á predio ajeno puede adquirirse por el dueño del fundo que las recibe, por el trascurso de veinte años, que se deben contar desde que aquel haya construido obras destinadas á facilitar la caída ó el curso de las aguas, esto es, desde que existe un acto posesorio que da á conocer la intencion

¹ Artículo 962, Código civil de 1,884.

del que lo ejecuta de adquirir la propiedad de las aguas. (art. 1,064 Cód. civ.)¹

Los términos de la ley nos demuestran que el dueño del predio inferior no adquiere la propiedad de las aguas sólo por el hecho de que corran hasta éste, cualquiera que sea el número de años que transcurran, y que el propietario del superior puede retenerlas, aprovecharlas y dejarlas correr de nuevo cuando le parezca, porque los actos de mera facultad no engendran la prescripción, y por tanto, que sería enteramente inútil que el dueño del predio inferior hubiera usado de las aguas por veinte ó más años, pues este hecho no le otorgaría ni el derecho de servidumbre ni el de propiedad.

¹ Artículo 963, Código civil de 1,884. Este precepto reformó al 1,064 del Código de 1,870, sólo en cuanto al tiempo necesario para que el dueño del predio inferior adquiriera la propiedad de las aguas sobrantes del superior, cuyo tiempo limitó á diez años por las razones siguientes, expuestas por el Sr. Lic. Macedo en sus notas comparativas de aquel Código con el de 1,884.

“Por regla general se consideró que los términos fijados por el Código de 1,870 para la prescripción positiva, son demasiado largos: en el presente caso se creyó que diez años contados desde la construcción de las obras para aprovechar el agua, eran bastantes, pues el hecho de haber consentido en ese aprovechamiento el dueño del predio superior, durante todo ese tiempo y el anterior á la construcción de las obras, parece bastante para presumir el abandono de las aguas por su parte y declararlo irrevocable. Los artículos 1,063 y 1,064 a., 962 y 963 del nuevo Código, concuerdan con los artículos 641 y 642 del Código de Napoleón, 488 del Proyecto de Código Español. El principio que establece el primero de esos artículos, es indiscutible: *portio agri videtur aqua viva*. (Dig. Ley 11, Tit. 24, Lib. 43.) En cuanto al segundo artículo 1,064, a., se suscitaron algunas dificultades. Es claro que las aguas sobrantes que pasan al predio vecino, pueden adquirirse por el dueño de éste, mediante la concesión voluntaria, gratuita ú onerosa, del dueño de la fuente, pozo, aljibe ó presa, y que entonces su propiedad se ajusta á los términos del título en que se funda, sin necesidad de disposiciones legales particulares para el caso. La dificultad se encontró en lo relativo á la prescripción. Por el hecho de construir *obras destinadas á facilitar la caída ó curso de las aguas*, ¿adquiere el propietario del predio inferior el derecho de recibir determinada cantidad de agua ó solamente adquiere el derecho de recibir las *aguas sobrantes*, es decir, las que el dueño del predio superior no aproveche en su fundo? Considerando que esto último es lo que establece el Código, se dejó subsistente la disposición. No se limita el derecho de propiedad del dueño de la fuente, pozo, etc., puesto que se le reconoce la facultad de usar y disponer de su agua *libremente*, sin imponerle siquiera la restricción del derecho antiguo. *Si non animo vicini nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi*. (Dig. Ley 1, § 12, Tit. 3, Lib. 39.) El único derecho adquirido en virtud de la prescripción, por el dueño del predio inferior, es el de que las aguas *sobrantes*, esto es, las que no se consuman en el predio superior, no puedan arrojarse ó dirigirse hácia otro predio. El fundamento de esta prescripción no es, á nuestro juicio, el de que se presume que las obras han sido construidas á virtud de convenio particulares (Goyena, Tomo I, pág. 432), sino la tolerancia del dueño del agua que teniendo conocimiento de las obras ha dejado trascurrir diez años sin desviar el curso de las aguas, con lo cual ha revelado su conformidad en que las adquiera el predio inferior.”

Esta exposición no explica suficientemente el motivo de la reforma, aunque expresa las razones que motivaron la conservación del precepto que declara prescriptibles las aguas sobrantes del predio superior.

Es decir: que para que adquiriera derechos sobre las aguas que recibe, necesita poseerlas á título de propietario; que revele el acto posesorio por una obra aparente; y que el propietario del predio superior tolere la existencia de esa obra y guarde silencio acerca de ella durante veinte años.

Lo expuesto nos conduce á advertir que no se debe hacer confusión entre el título en virtud del cual adquiere el propietario de las aguas el derecho de dirigir los excedentes de ellas al predio inferior, y el que atribuye á éste algún derecho sobre esas aguas, pues existe una enorme diferencia entre ellos. En el primer caso reporta el fundo inferior una servidumbre pasiva, por la cual recibe las aguas pluviales ó brotantes del predio superior sin que el dueño de éste haya renunciado el derecho de disponer de ellas á su arbitrio; y en el segundo existe una servidumbre activa que da derecho al dueño del predio inferior contra el propietario de las aguas, que no puede cambiar en lo sucesivo su curso, porque atentaría contra los derechos de aquel.

Conviene advertir también, que para que el dueño del predio que recibe las aguas sobrantes, pueda adquirir la propiedad de ellas por prescripción de veinte años, es indispensable que las obras que hubiere construido sean aparentes, porque son demostrativas de la posesión, y ésta no es bastante para prescribir, sino cuando es pública, y que sean permanentes y tengan por objeto facilitar la caída de las aguas; esto es, que deben ser significativas de la intención de su autor, de aprovecharse de las aguas y que no dejen duda acerca de ella.

De lo expuesto se infieren las siguientes consecuencias:

- 1.^a Que no son bastantes para adquirir la propiedad de las aguas sobrantes del predio superior las obras ó conductos subterráneos, á no ser que se revele su existencia por algunos signos aparentes:
- 2.^a Que esas obras deben ser permanentes y tener por objeto facilitar la caída ó el curso de las aguas al predio de aquel que pretende haber adquirido su dominio por la prescripción:
- 3.^a Que el goce de las aguas haya durado veinte años, contados desde que el dueño haya construido; esto es, desde la conclusión de las obras destinadas á facilitar la caída ó el curso de las aguas.

Pero la regla establecida por la ley, de la cual acabamos de ocuparnos, no priva al dueño de la fuente, aljibe ó presa, de la facultad de sacar todo el aprovechamiento posible de sus aguas, dentro de los límites de su propiedad, pues el propietario del predio inferior solo puede adquirir por prescripción la propiedad de las aguas sobrantes del superior. (art. 1,065, Cód. civ.) ¹

Antes de ahora hemos dicho que en las legislaciones modernas predomina el principio que iguala á las personas morales con las civiles, en virtud del cual ya no gozan aquellas de los privilegios de los menores que les concedían nuestras antiguas leyes, y sus bienes son prescriptibles como los de los particulares; y dijimos también, que las leyes constituyen reglas para lo venidero y no rigen sobre los tiempos pasados, esto es, que no tienen efecto retroactivo.

Pues bien; obedeciendo á estos principios de jurisprudencia universal y de perfecta justicia, ha declarado expresamente el Código civil en los artículos 1,066 y 1,070 que la propiedad que sobre las aguas pertenece al Estado, no perjudica los derechos que sobre ellos hayan adquirido las corporaciones ó particulares por título legítimo, según las reglas que establecen las leyes especiales sobre propiedad pública; y que las disposiciones del mismo Código acerca de las servidumbres de aguas no innovan de ningún modo los derechos adquiridos hasta ahora sobre ellos. ²

En consecuencia: el ejercicio de la propiedad de las aguas se rige, salvas las excepciones que acabamos de indicar, por las reglas que establece el Código civil, de cuyo estudio nos vamos á ocupar.

Nadie puede usar del agua de los ríos de modo que perjudique la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos ó balsas ó el uso de otros medios de transporte fluvial, sin que para ello valga la prescripción ni otro título; ni impedir ni embarazar el uso de las riberas en cuanto fuere necesario para los mismos fines. (arts. 1,067 y 1,068, Cód. civ.) ³

Los ríos navegables y flotables, según dijimos en el artículo I de la lección 2.^a, son públicos, y la navegación es de derecho público.

¹ Artículo 964, Código civil de 1,884.

² Artículos 965 y 967, Código civil de 1,884.

³ Artículo 966, Código civil de 1,884. En este precepto se refundieron los artículos 1,067 y 1,068 del Código de 1,870,

por cuyo motivo pertenece al Estado la propiedad de las riberas, así como la de los ríos, pues tienen por objeto satisfacer las necesidades de la sociedad, cuyos intereses son preferentes á los de los particulares.

Pero las restricciones impuestas por la ley respecto del uso de las aguas de los ríos y sus riberas y la naturaleza de unos y otras nos demuestran, que ese uso es absolutamente libre para todos, sin más límite que la prohibición de no perjudicar ó estorbar la navegación fluvial.

El derecho de propiedad con las amplísimas facultades que otorga al propietario sufre, como dijimos al definirlo, restricciones que las leyes le imponen en algunos casos por el beneficio ó por la utilidad pública. De aquí es, que la propiedad de las aguas sufre modificaciones establecidas por esa causa, y la ley declara que el propietario del agua, sea cual fuere su título, no puede impedir el uso de la que sea necesaria para el abasto de las personas ó ganados de una posesión ó finca rústica, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad del modo menos gravoso para él; pero tendrá derecho á la indemnización, salvo que los habitantes hubieren adquirido el uso del agua por prescripción ó por otro título legal. (art. 1069, Cód. civ.) ¹

El precepto legal á que nos referimos es una justa consecuencia de la restricción impuesta al derecho de propiedad por causa de utilidad pública; pues si ésta es un motivo bastante para autorizar la expropiación, con mayor razón debe servir de fundamento para establecer un gravamen, una servidumbre.

¹ Artículo 966, segunda parte, Código civil de 1,884. Este precepto fué reformado en los términos siguientes:

“El que conforme al artículo anterior, esté usando del agua de un río, cualquiera que sea su título, no podrá impedir el uso de la que sea necesaria para el abasto de las personas de una población, posesión ó finca rústica, ni oponerse á las obras indispensables para satisfacer esta necesidad del modo ménos gravoso para el propietario; pero tendrá derecho á indemnización, salvo que los habitantes hubieren adquirido el uso del agua por prescripción ó por otro título legal.”

Esta reforma se hizo para dar mayor claridad al precepto y para hacer extensivos sus beneficios á los habitantes de las poblaciones, pues solo se concedían á los de las posesiones ó fincas rústicas. Tal reforma sólo tiene de censurable la restricción inmotivada á las necesidades de las personas, excluyendo los ganados; pues su conservación es también de interés público, y el respeto que merece la propiedad no debe conducir hasta el extremo de causar grave perjuicio á los particulares, y por consiguiente, á la sociedad, sobre todo, cuando el daño que pudiera sufrir el propietario es relativamente pequeño y encuentra la debida indemnización.

' Los términos de ese mismo precepto y la naturaleza de él, que impone una restricción al ejercicio de un derecho legítimo, y que por lo mismo, no debe aplicarse sino en un sentido estricto y al caso que él señalado, nos demuestran, que sólo es legalmente aplicable cuando se trata de satisfacer la necesidad de las personas y de los ganados de una finca rústica; pero no cuando se trata de su utilidad simplemente; como cuando teniendo la facultad de tomar el agua de un lugar escabroso, se pretende, para disminuir la molestia que esa circunstancia ocasiona, tomarla del vecino inmediato.

Los autores sostienen comunmente que la indemnización á que da derecho la ley al propietario del agua no debe ser proporcional á la utilidad ó beneficio que se obtiene, sino al perjuicio que aquele sufre.

Pero tal indemnización no es exigible cuando ha corrido el número de años que la ley exige para la prescripción positiva, ó cuando los habitantes hubieren adquirido el uso del agua por otro título legal.

Sin embargo, se debe tener presente, que para la prescripción de uso del agua en el caso que nos ocupa, no es necesaria la construcción de obras aparentes como en aquel á que nos hemos referido antes; porque tal prescripción no tiene por objeto adquirir el derecho que nace de la necesidad del agua para el abasto de las personas y de los ganados, sino libertarse del deber de indemnizar al propietario de ella.

En otros términos, la acción del propietario del agua para exigir que las personas que la aprovechan para sí ó sus ganados le indemnizen competentemente, es prescriptible.

"La propiedad de las aguas, dice García Goyena, es de una índole especialísima, como que sirven para las primeras necesidades y otros usos indispensables de la vida, para los intereses más vitales del Estado, navegación, agricultura, industria. No es, pues, de extrañar que su propiedad (sea cual se quiera el propietario), quede sujeta á restricciones en lo que dice relación con aquellos grandes objetos."

La causa alegada por Goyena domina en esta materia y sirve de apoyo al precepto del Código civil, que prohíbe al propietario de las

aguas desviar su curso, de modo que causen daño á un tercero, porque rebosen ó por otro motivo; pues si es cierto, que en el mayor número de casos es un gravamen recibir las aguas del predio superior, el propietario de ellas no debe hacer más perjudicial ese gravamen desviándolas de su curso ordinario, construyendo obras que hagan su caída más dañosa. (art. 1,071, Cód. civ.)¹

Según los preceptos del derecho Romano, el propietario podía hacer todas las excavaciones que estimara convenientes para descubrir las aguas subterráneas; pero era responsable si á consecuencia de ellas se cortaban los veneros que alimentaban las fuentes ó pozos de los predios vecinos: y si el propietario ejercía ese derecho sin ningún motivo de utilidad ó necesidad, los tribunales podían interrumpirlo, si los propietarios vecinos quedaban privados de las aguas que les eran útiles.²

La ley 19, tít. 32, Partida 3.^a, dispone que todo propietario tiene derecho para abrir en predio propio fuente ó pozo, sin que lo pueda impedir el vecino alegando que por esta razón disminuye el agua de su pozo, á no ser que pruebe que la fuente ó pozo abierto es innecesario, ó se ha hecho solo para perjudicarlo, pues en tal caso puede impedir que se construyan las obras necesarias ó pretender que se destruyan las ya construidas.

El artículo 1,072 del Código civil se separó de los principios del derecho Romano y de la antigua legislación, declarando que, si alguno hiciere pozo en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno no está obligado á indemnizar.³

El principio establecido por el Código no es más que la consecuencia necesaria del sancionado por el artículo 829 del mismo ordenamiento, según el cual, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella; y por lo mismo, puede usarlo y hacer en él todas las obras ó excavaciones que quiera, con sujeción á lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.⁴

Resulta, pues, que la diferencia que existe entre los principios san-

1 Artículo 968, Código civil de 1,884.

2 Ley 1, § Dig. de agua.

3 Artículo 969, Código civil de 1,884.

4 Artículo 731, Código civil de 1,884.

cionados por las leyes del derecho Romano y las de las Partidas el establecido por el Código civil consiste, en que éste reconoce al propietario la más amplia facultad de hacer excavaciones para construir pozo en su propiedad, aunque por ellas disminuya el agua del abierto en fundo ajeno, sin más restricciones que las impuestas por la legislación especial de minas y los bandos de policía, por causa del interés público; y aquellos limitan el ejercicio de ese derecho á la existencia de la necesidad ó de la utilidad del propietario. Es decir: que si no existían una ú otra, ó si el propietario procedía de mala fe, podía vedársele la construcción del pozo según aquellas leyes; y que, según el Código, el propietario no reconoce más límite en el ejercicio de su derecho, que las restricciones que demanda el interés público, independientemente de la necesidad ó de la utilidad que le resulte de la construcción del pozo.

El favor que demandan la agricultura, la industria y la salubridad pública, ha hecho que la ley les imparta la más amplia protección introduciendo derogaciones de las reglas del derecho común, que importan el establecimiento del paso forzoso de las aguas para la irrigación y la industria, y para la desecación de los terrenos pantanosos ó para dar salida á las aguas estancadas.

Así, pues, todo el que quiera usar agua de que pueda disponer tiene derecho de hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños; así como á los de los predios inferiores, sobre lo que se infiltren ó caigan las aguas: y de el mismo derecho goza el poseedor de un terreno pantanoso para desecarlo ó dar salida por medio de cauces á las aguas estancadas. (art. 1,073 y 1,086, Cod. civ.)¹

Los dos casos en que tiene lugar el establecimiento de las servidumbre á que nos referimos están regidos por las mismas reglas, y por lo mismo, basta que nos ocupemos del primero en el estudio que vamos á hacer de ellas. (art. 1,086, Cód. civ.)²

En primer lugar hay que advertir que el Código civil otorga una liberal y amplia protección á la agricultura y á la industria, y que sus concésiones no están limitadas á determinadas personas, sino

1 Artículos 970 y 983, Código civil de 1,884.

2 Artículo 983, Código civil de 1,884.

que comprenden en general á todas aquellas que quieran usar del agua de que puedan disponer; y por tanto, que gozan del derecho de hacerla pasar por los fundos intermedios los propietarios, los usufructuarios y hasta los arrendatarios del predio que debe recibirla para su beneficio.

Tampoco hace distinción alguna respecto del objeto á que se destina el agua, ni á su origen ó al del derecho sobre de el que quiere usarla; de manera que puede hacerla pasar por los fundos intermedios, ya sea que la emplee en los usos propios de la agricultura, ya sea como motor, ó en otras aplicaciones especiales de la industria, cualesquiera que sean su origen y el título en virtud del cual pueda disponer de ella; esto es, ya provenga de un manantial ó de las lluvias, y de la corriente de un río.

Pero el derecho á que aludimos está sujeto á restricciones necesarias, por el respeto que se debe al domicilio, que sin ellas sufriría graves y perjudiciales perturbaciones.

Por ese motivo están exceptuados de la servidumbre á que nos referimos, los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias. (art. 1,014, Cód. civ.)¹

La ley no define qué se debe entender en este caso por dependencias de un edificio, cuya circunstancia ha hecho creer á algunos que los jueces tienen amplia facultad para decidir las dificultades que se susciten, atendiendo á las circunstancias particulares de los lugares y del hecho de que se trate; pero nosotros creemos que, antes que recurrir al arbitrio, que se presta á los abusos, se deben aceptar las reglas de otras leyes, aunque no obligatorias en esta materia, por ocuparse de otra muy diversa, pero que pueden servir de ejemplo.

El artículo 389 del Código Penal dice, refiriéndose al robo perpetrado en un edificio ó sus dependencias, que éstas son: los patios, corrales, caballerizas, cuadras y jardines que tengan comunicación con la finca; aunque no estén dentro de los muros exteriores de ésta, y cualquiera otra que esté dentro de ellos, aun cuando tenga su recinto particular.

No creemos incurrir en un error aceptando esta regla, porque además de que por ella se evita el abuso del arbitrio, da una exac-

¹ Artículo 971, Código civil de 1,884.

que sea necesario ocupar de nuevo, y los demás gastos que ocasiona el paso que se le concede. (arts. 1,076 y 1,082, Cód. civ.) ¹

El artículo 1,077 del Código civil declara, que también se debe conceder el paso de las aguas á través de los canales y acueductos del modo más conveniente, con tal de que el curso de las aguas que se conducen por éstos y su volumen, no sufran alteracion, ni las de ambos acueductos se mezclen. ²

Los términos en que está concebido este precepto nos demuestran que la servidumbre de paso de las aguas por los predios intermedios no sólo puede constituirse mediante la construcción de un canal ó de un acueducto, sino que también tiene derecho el propietario de ellas, ó el que tiene facultad de usarlas, para exigir que pasen á través de los canales y acueductos existentes en aquellos predios, siempre que se llenen los dos requisitos siguientes:

1.º Que el curso de las aguas que se conducen por los acueductos y su volúmen, no sufran alteración:

2.º Que no se mezclen las aguas de ambos acueductos.

Ese precepto no quiere decir otra cosa, sino que el derecho que la ley concede al que tiene facultad de usar las aguas de que puede disponer, haciéndolas pasar por los predios intermedios, no sufre alteración alguna cuando al ejecutar las obras necesarias se encuentran por medio otro ú otros acueductos de los propietarios de dichos predios; pues en tal caso puede hacer pasar esas obras á través de ellos bajo las condiciones que hemos expresado.

Ya se comprende que la cantidad de agua que se puede hacer pasar por un acueducto construido en predio ajeno, está limitada solamente por la capacidad que resulte de las dimensiones que se han convenido darle á ese acueducto; las cuales pueden ampliarse, como antes hemos dicho, costeando el interesado las obras necesarias, pagando el valor del terreno que de nuevo se ocupe y los daños y perjuicios que cause, según las reglas que hemos establecido. (artículos 1,083 y 1,084, Cód. civ.) ³

Si fuere preciso hacer pasar el acueducto por un camino, río ó

1 Artículos 973 y 979, Código civil de 1,884.

2 Artículo 974, Código civil de 1,884.

3 Artículos 980 y 981, Código civil de 1,884.

ente públicos, se debe obtener previa é indispensablemente el permiso de la autoridad bajo cuya inspección estén; la cual sólo lo puede conceder con entera sujeción á los reglamentos de policía, obligando al dueño del agua á que por el tránsito de ella no se impida, estreche ó deteriore el camino ó se estorbe ó embarace el curso del río ó torrente. (arts. 1,078 y 1,079, Cód. civ.)¹

La falta del requisito indicado, esto es, del permiso previo de la autoridad, ó el derrame de las aguas sobre el camino público, obligando al dueño de ellas á reponer las cosas á su antiguo estado, y á indemnizar el daño que á cualquiera se cause, sin perjuicio de la sanción penal establecida por los reglamentos de policía. (art. 1,080 Código civ.)²

La servidumbre legal del paso de aguas, importa la concesión de todas las facultades accesorias, sin las cuales no podría ejercerse, tales como el derecho de tránsito para las personas y los animales, y de conducción de los materiales necesarios para el uso y reparación del acueducto, así como para el cuidado del agua que por él se conduce; pero tal derecho está sujeto á las restricciones que la ley establece respecto de la servidumbre legal de paso de que nos ocuparemos en el siguiente artículo. (art. 1,085, Cód. civ.)³

Para concluir esta importante materia, diremos que el respeto á la propiedad ajena ha obligado al legislador á declarar, de la manera más solemne, que las concesiones de aguas que se hicieren por autoridad competente, se presume que son otorgadas sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos. De otra manera, la ley y las autoridades protegerían el despojo, y darían lugar á graves perturbaciones en el orden social. (art. 1,087, Cód. civ.)⁴

Por la misma razón declara, que todo el que se aproveche de un acueducto, ya pase por campo propio, ya por ajeno, debe construir y conservar los puentes, canales, acueductos, subterráneos y demás obras necesarias, para que no se perjudique el derecho de otro: y que, como los que se aprovechan son varios, todos reportan esa obligación, la cual comprende también la limpia, construcciones y reparaciones

Artículos 975 y 976, Código civil de 1,884.

Artículo 977, Código civil de 1,884.

Artículo 982, Código civil de 1,884.

Artículo 984, Código civil de 1,884.

para que el curso del agua no se interrumpa, proporcionalmente a aprovechamiento, si no hubiere prescripción ó convenio en contrario (arts, 1,088 á 1,090, Cód. civ.)¹

Las reglas que hemos establecido, tienen, como puede comprenderse, una justa aplicación en los casos en que judicialmente se hace uso del derecho que otorga la ley, y no cuando media un convenio entre los propietarios de los predios intermedios y el dueño de agua, si no es para resolver las dificultades no prescritas por ellos.

Es decir: que las reglas referidas suplen la voluntad de los interesados cuando no existe un contrato, ó cuando existiendo se presenta alguna dificultad no prevista en él.

III.

De la servidumbre legal de paso.

Existe otra servidumbre legal establecida por interés público, y más particularmente por interés privado, por la cual, el dueño de un predio enclavado entre otros, tiene derecho de exigir paso por ellos á fin de que no quede inculto y abandonado, mediante la indemnización respectiva del perjuicio que se cause á los propietarios de los predios.

El interés general de la sociedad, lo mismo que el particular del propietario, exigen que los predios no permanezcan incultos y abandonados, cuando á causa de su situación quedan enclavados entre otros y sin salida á la vía pública; por cuyo motivo, desde el tiempo de la legislación Romana, en que la ley 12, tít. 7, lib. 11, D., otorgaba al que poseía un sepulcro, y no tenía un camino para ir á él, el derecho de paso, mediante una indemnización, se estableció la servidumbre de que nos ocupamos, por la extensión que hicieron los intérpretes del principio en que se funda.

Esta servidumbre, procede como dice García Goyena comentando el artículo 506 del proyecto del Código Español, de la necesidad

¹ Artículos 985 á 987, Código civil de 1,884.

la ley; "pues el interés general no permite que haya heredades fuera del dominio de los hombres, ó inertes, ó incultas, porque para llegar á ellas sea necesario atravesar la heredad de otro."

Así, pues, la servidumbre de paso consiste en el derecho que la ley otorga al propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas, sin salida á la vía pública, de exigir paso para el aprovechamiento de ella, por las heredades vecinas; sin que sus respectivos dueños puedan reclamarle otra cosa que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen. (art. 1091, d. civ.) ¹

Como esta servidumbre es una derogación del principio general de derecho, según el cual nadie puede ser obligado á enajenar su propiedad contra su voluntad, se infiere, que tal derogación no puede aplicarse sino en los casos expresamente determinados por la ley; pues, como todas las excepciones de las reglas generales, es de exacto derecho.

De aquí se infiere: que solo puede tener lugar la servidumbre de paso, cuando una finca ó heredad está enclavada en otras ajenas; es decir, cuando carece de salida á la vía pública.

Este hecho puede tener lugar por dos causas:

1.^a Por un caso fortuito, ó de fuerza mayor, como el hundimiento de un terreno, la invasión de las aguas, la clausura de un camino público, etc.:

2.^a Por virtud de un contrato de venta ó del fraccionamiento ó partición de una heredad entre los diversos propietarios de ella, por cuyos actos queda una fracción de la heredad sin salida á la vía pública.

Los dos casos propuestos están regidos por reglas distintas, de cuyo estudio nos vamos á ocupar con la debida separación.

Cuando la finca ó heredad está enclavada á consecuencia de un caso fortuito, se debe la servidumbre de una manera necesaria é inevitable, sin otra restricción que el deber que la ley impone al dueño de aquella heredad de indemnizar el perjuicio que causa á los propietarios de los fundos sirvientes.

Del principio general que hemos establecido se infiere, que no se

¹ Artículo 988, Código civil de 1,884.

puede decir con propiedad que una finca está enclavada, y que, lo mismo, no hay lugar á la servidumbre de paso, cuando se comunica con la vía pública por un camino accidentado, ó que obliga un largo rodeo.

Tampoco se puede reputar como enclavada la heredad, que aunque privada de comunicación con la vía pública, se le puede proporcionar mediante trabajos fáciles de ejecutar y poco dispendiosos, como si, por ejemplo, un riachuelo impide la comunicación, la cual se puede establecer mediante la construcción de un puente.

Finalmente: tampoco se puede decir que está enclavada una heredad cuando el propietario goza del derecho de paso en virtud de un acto de simple tolerancia ó de un título contradicho; mientras no se le prohíba el paso ó se declare judicialmente que carece de título, no está privado de comunicación, con la vía pública, circunstancia esencial sin la cual no puede existir la servidumbre.

Es preciso, sin embargo, no dar á la regla establecida una extensión y severa interpretación, y aplicarla según la verdadera mente del legislador que ha querido que se considere como paso necesario aquel si el cual sería imposible la explotación de la finca ó heredad.

Por este motivo sostienen los autores, muy especialmente Pardoussard,—Repertoire, v.º servitude, n.º 2, § 7—Solon, n.º 318, y Delombe, tomo XII, n.º 609—que se debe considerar como enclavada la heredad que tiene una comunicación con la vía pública, verdaderamente impracticable, ó para la cual sería preciso hacer gastos fuertes, que no guardan proporción con el daño que pueda causar al propietario de la heredad vecina, y con el importe de la indemnización que se le debe pagar.

Los mismos autores sostienen que los tribunales tienen amplias facultades para decidir, según un prudente arbitrio, las cuestiones relativas á si hay ó no incomunicación de los fundos con las vías públicas.

Cuando la heredad está enclavada á consecuencia del fraccionamiento de ella, por virtud de un contrato ó de una partición entre varias personas, sostienen los autores, fundados en la ley 22, § 1.º, libro 12, tít. 6, D., que no están obligados los propietarios de los fundos vecinos á soportar la servidumbre de paso, sino los de las

iones de aquella heredad que se hallan contiguas á la vía pública; porque la necesidad del paso indicado á los interesados por la situación de los lugares, debe hacer considerar como tácitamente contraído el deber de permitirlo, y por lo mismo, se debe también sin indemnización alguna, pues tal gravamen se ha debido tener en cuenta al señalar el valor de cada una de las fracciones.

De otra manera se autorizaría, contra la mente de la ley, que sólo permite la servidumbre en caso de absoluta necesidad, á los contratantes ó á los copartícipes para imponerla á sus vecinos por sólo el efecto de su voluntad; y entonces no puede llamarse servidumbre legal, supuesto que no tiene por causa la ley y el interés público en que ésta se funda.

La teoría que acabamos de exponer tiene en su apoyo el artículo 1,098 del Código civil que declara, que en el caso de que hubiere habido antes comunicación entre la finca ó heredad y alguna vía pública, el paso sólo se podrá exigir á la heredad ó finca por donde últimamente lo hubo. ¹

El establecimiento de la servidumbre de paso es una especie de expropiación por causa de utilidad pública, y por lo mismo, quiere la ley que sea lo menos gravosa posible. A este fin concede al dueño del predio sirviente el derecho de señalar el lugar por donde debe permitirse el ejercicio de la servidumbre de paso, para que pueda elegir aquel cuya pérdida le sea menos perjudicial. (art. 1,093, Cód. civ.) ²

Pero como podría degenerar el ejercicio de ese derecho en un abuso, la ley ordena que, si el juez califica el lugar señalado como impracticable ó muy gravoso para el predio dominante, el dueño del sirviente señale otro; y si éste merece la misma calificación que el primero, que el juez señale el que crea más conveniente, procurando conciliar los intereses de los dos predios. (arts. 1,094 y 1,095, Cód. civil.) ³

Aunque la ley no lo ordena, parece que el mejor medio á que puede ocurrir el juez para evitar un gravamen injusto para el dueño del predio sirviente, ó un perjuicio para el de la heredad enclavada, es

¹ Artículo 995, Código civil de 1,884.

² Artículo 990, Código civil de 1,884.

³ Artículos 991 y 992, Código civil de 1,884.

que se les conceda paso el usufructuario, el usuario y el enfiteuta. Es decir; todos aquellos individuos que tienen facultad de explotar la heredad enclavada, en virtud de un derecho real, la cual no podrían ejercer, si no pudieran exigir el paso para la vía pública.

Estimamos justa esta opinión, porque la palabra *propietario*, es genérica y se refiere á todo individuo que tiene el derecho de propiedad, el cual, como hemos dicho en la lección 3.^a, artículo I de este tratado, es complejo y reasume todas las facultades que otorgan todos los derechos reales. Es decir, los derechos de usar, de disfrutar, disponer de la cosa, que pueden existir reunidos en una sola persona, y entonces constituyen la propiedad íntegra ó absoluta, ó esta distribuidos entre dos ó más individuos, formando otros tantos de membramientos de la propiedad.

En otros términos: creemos justa la teoría aludida, porque el usufructuario, el usuario, y el enfiteuta gozan de la propiedad desmembrada, y están comprendidos bajo la denominación genérica de *propietario* que usa la ley; cuya denominación tiene también un sentido restringido, que es en el que se le usa más comunmente.

El derecho del propietario de la finca ó heredad enclavada para exigir paso para la vía pública es por su naturaleza imprescriptible pues como dice Demante, en tanto que la finca se halla enclavada cuya circunstancia hace necesario el paso, la ley contra la cual no prescribe, no cesa un instante de constituir esta servidumbre. Es decir, que la ley renueva constantemente su concesión, mientras es enclavada la finca ó heredad. ¹

Es evidente que, si la servidumbre legal de paso debe su origen su existencia á esta circunstancia, cese cuando la finca ó heredad deja de estar enclavada, ya sea por la apertura de un camino, ya por la reunión de ésta con otro fundo que tiene acceso á la vía pública.

Esta teoría, que se funda en el principio de derecho que dice, "*Cessante causa, cessat effectus*," y en el interés general de la agricultura y el particular de los propietarios por el daño que resulta de la división de las heredades por el establecimiento de los pasos, ha tenido sus contradictores, quienes sostienen que la servidumbre no cesa en el caso indicado; porque se ha constituido á título oneroso,

¹ Tomo II, núm. 539 bis II.

pliendo la voluntad de la ley el consentimiento de uno de los propietarios, el cual es también necesario para la extinción de aquel gravamen.

Pero si admitimos esta teoría, tendremos que consentir en la transformación de la servidumbre legal de paso necesario en otra que deberá su origen al hecho del hombre y por mera comodidad. Pero esta transformación que no puede efectuarse por la prescripción, según el artículo 1,140 del Código, por tratarse de una servidumbre discontinua, sólo puede verificarse por efecto de un contrato. De donde se infiere, que si no existe éste, tampoco puede existir la servidumbre, que se extingue con la causa que la originó. ¹

También ha sido muy controvertida la cuestión relativa á si el propietario del predio dominante está obligado ó no á restituir en el caso propuesto el precio de la indemnización, y ha prevalecido la teoría de Pardessus, Solon y Taulier que sostienen que aquel tiene tal deber, excepto en el caso de que la indemnización consista en prestaciones anuales; porque habiéndose convenido en ellas como justas compensaciones de la privación de las cosechas que debiera producir el terreno destinado á la servidumbre de paso, es evidente que se adquieren de una manera irrevocable por el tiempo que ha subsistido tal servidumbre, y que constituyen una especie de arrendamiento anual.

Pero si la servidumbre legal de paso es imprescriptible, no puede decirse otro tanto del derecho que la ley otorga al dueño del predio sirviente para exigir la competente indemnización, que está sujeta, como todas las obligaciones á la prescripción negativa y se extinguen por el lapso de veinte años contados desde la fecha en que aquel pudo exigirla conforme á derecho; y aunque prescriba tal derecho, no cesa por ese motivo el paso obtenido. (arts. 1,200 y 1,092, Cód. civ.) ²

La ley ha establecido la servidumbre de paso atendiendo al interés público; pero bajo dos condiciones que moderan su rigor en beneficio del propietario del predio sirviente:

1.^a Que el propietario de la finca ó heredad enclavada no pueda

¹ Artículo 1,034, Código civil de 1,884.

² Artículos 989 y 1,091 Código civil de 1,884.

exigir el paso sin el pago de una indemnización equivalente al perjuicio que ocasione este gravamen: (art. 1,091, Cód. civ.) ¹

2.^a Que el dueño del predio sirviente goce del derecho de señalar el lugar en donde ha de constituirse la servidumbre de paso. (artículo 1,093, Cod. civ.) ²

Estas dos condiciones son esenciales para la constitución de la servidumbre, pero nada impide que la persona, por cuyo favor se han establecido, renuncie á ellas de una manera expresa ó tácita, dejando pasar el tiempo de la prescripción sin hacer uso del derecho de designar el lugar para el ejercicio de la servidumbre, ó sin exigir el pago de la indemnización.

Por estos medios se fija definitivamente, no el derecho de paso que es el efecto de la necesidad sancionado por la ley, sino el modo de ejercerlo; esto es, el lugar por donde ha de constituirse la servidumbre, y se obtiene la liberación de la obligación que tiene el dueño del predio dominante de indemnizar al del sirviente del perjuicio que le cause por el establecimiento de la servidumbre.

En otros términos: por los medios indicados se obtiene, no la prescripción de la servidumbre de paso, que existia por la ley y por el hecho de hallarse enclavada la finca ó heredad, sino la extinción de un derecho y la pérdida de una excepción que podia oponerse al dueño del predio sirviente.

IV.

Del apeo, deslinde ó amojonamiento.

Por una causa que no alcanzamos á comprender, y fuera del orden y del método que en general preside en el Código civil, mezclaron sus autores en el capítulo cuarto del libro segundo las reglas relativas á la servidumbre legal de paso y las correspondientes al apeo,

¹ Artículo 988, Código civil de 1.884.

² Artículo 990, Código civil de 1.884.

deslinde y amojonamiento, como si ambas servidumbres fueran de la misma especie.

No queriendo incurrir en el mismo defecto, nos vamos á ocupar del apeo con la conveniente separación, dedicándole este artículo.

Las palabras *apeo*, *deslinde* y *amojonamiento* se refieren á tres operaciones distintas, y que sin embargo, constituyen un solo acto legal, pues todas conducen al mismo fin, que es fijar con precisión los límites de dos predios contiguos.

«El deslinde, dice la Enciclopedia Española, es el acto de fijar y determinar la pertenencia legítima de cada una de las heredades contiguas, examinando para ello los títulos de propiedad y las demás pruebas que los interesados suministran á fin de hacer conocer sus respectivos derechos. El apeo es la operación material de medir las tierras ya deslindadas ó adjudicadas á cada uno de los dueños colindantes. Y el amojonamiento, en fin, significa la fijación de los mojones que se colocan en los puntos designados para hacer constar la línea divisoria de las propiedades según el resultado del deslinde practicado de antemano.»

Condensando en pocas palabras las definiciones que da la Enciclopedia Española, podemos definir los actos á que nos referimos en los términos siguientes:

Deslinde es el acto de fijar y determinar la línea divisoria, y por consiguiente, la pertenencia legítima de cada uno de los predios contiguos:

Apeo es la operación de medir el terreno ya deslindado ó que va á deslindarse.

Amojonamiento es el acto de fijar las señales necesarias para marcar la línea divisoria de los predios contiguos.

El Código civil, como hemos dicho antes, enumera entre las servidumbres legales, en unión de las de paso, el apeo y deslinde ó amojonamiento, á imitación del Código Francés, que lo clasifica entre las servidumbres que nacen de la situación de los lugares, por las cuales se entienden, según este ordenamiento, ciertas obligaciones que nacen de la vecindad.

Esta clasificación, hecha á pretexto de que el apeo es una obligación recíproca entre vecinos que importa un gravamen, ha sido censurada

generalmente por los autores; pues, como dice Laurent, la obligación de practicar el apeo no tiene nada de común con las servidumbres y su clasificación entre ellas no se justifica diciendo como Demolombe, que constituye un atributo real de la propiedad; porque por esto mismo no es una servidumbre. ¹

En efecto: según los principios fundamentales del derecho, la servidumbre importa una modificación de la propiedad, porque es un desmembramiento, una restricción impuesta al propietario en el ejercicio de su derecho, en virtud de la cual está obligado á permitir que otra persona use y goce de la cosa de su propiedad, cuya restricción cuyo desmembramiento no sufre el propietario á quien se le impone el deber de amojonar y deslindar el predio de su propiedad.

Por el contrario: lejos de que el apeo y deslinde desmembre ó restrinja el derecho del propietario, le ampara y protege en toda su plenitud; porque impide las usurpaciones de los propietarios colindantes y pone término á la confusión de sus derechos.

Pardessus se expresa á este respecto en los términos siguientes: "El derecho que tiene un propietario de obligar á su vecino á determinar, por señales, el punto límite entre ellos, no es, de parte de aquel que exige ó puede exigir tal obligación, una servidumbre impuesta á este vecino; es una consecuencia de la propiedad. Una vez que se ha practicado el apeo, la heredad del que lo provocó, no conserva derechos que graven la heredad vecina; y aun antes de que se practicara, no estaba gravada á favor de la otra con alguna carga que disminuyera su valor, ó que restringiera su libertad." ²

Por esta razón, dijimos en el artículo I de esta lección, fundados en autoridades respetables, que las servidumbres legales son unos derechos que no tienen los caracteres constitutivos de las servidumbres propiamente dichas, y que no les son aplicables los principios generales que rigen á éstas.

De lo expuesto se infiere: que el apeo y deslinde es una facultad inherente por esencia al derecho de propiedad; y en consecuencia que todo propietario tiene derecho de pedir al que lo sea de las he

¹ Tomo VII, núm. 417. Principes de droit civil.

² Tomo I, núm. 3. Traité des servitudes.

dades contiguas, el apeo, deslinde ó amojonamiento de las que respectivamente le pertenecen, si antes no se ha hecho el deslinde, ó si se ha borrado el lindero por el tiempo. (art. 1,099, Cód. civ.) ¹

Se ha asimilado la acción que, para obtener el apeo y deslinde, compete al propietario á la de partición; porque así como nadie está obligado á permanecer en la indivisión, así tampoco lo está á dejar indecisa la línea que debe separar su heredad de la contigua.

Se infiere también, de lo expuesto, que los objetos del apeo y deslinde son: dividir aquellas heredades que nunca han estado separadas materialmente, marcando la línea divisoria que las haga distinguir, renovar y restablecer los límites de aquellas que habiendo estado deslindadas se han confundido por el trascurso del tiempo ó por algún acontecimiento.

Para obtener el apeo y deslinde compete al propietario la acción que en derecho Romano se conocía con el nombre de *„affinium re-servandorum,“* que es doble: es decir, que pertenece á aquella clase de acciones en las cuales cada una de las partes puede ser indistintamente actora ó demandada, y es personal; pues como muy bien dice Serna y Montalvan, si las heredades colindantes de dos dueños diferentes se han confundido, si extrajudicialmente no han podido éstos arreglar sus respectivas pretensiones y han acudido á la autoridad pública para conseguirlo, no por esto puede decirse que el uno reclama de otro, un terreno que le corresponde; lo único que quiere es que se fijen de un modo claro los límites confundidos. ²

Y aunque la acción á que nos referimos, ejercitada por un individuo que se queja de usurpaciones cometidas por su vecino, tiende á obtener la restitución del terreno usurpado, sin embargo, no por esto pierde su carácter y se convierte en una acción vindicatoria; pues en todo caso la acción nace de una obligación, cuyo objeto es que el demandado haga el apeo deslinde ó amojonamiento, y por lo mismo, no puede ser mas que personal.

Pero no sería lo mismo, si bajo la forma del apeo y deslinde, de-

¹ Artículo 732, Código civil de 1,884. Este precepto se trasladó del título de servidumbres al que trata de la propiedad en general, por ser materia impropia de aquel.

Las razones que expusimos al principio de este artículo justifican, á nuestro juicio, la traslación.

² Curso de Derecho Romano, tomo II, pág. 579.

mandara el actor, fundado en su título de dominio, una porción cierta y determinada de terreno, poseida por el demandado; pues aun que en este caso tuviere la demanda por objeto al mismo tiempo la fijación de los límites divisorios, realmente constituirá una acción vindicatoria.

Sin embargo, varios autores, entre ellos los de la Enciclopedia Española de Derecho y Administración, sostienen que la acción que nos referimos pertenece á aquellas que se designan bajo el nombre de *mixtas*, que proceden juntamente de derecho real y de personal; y aun parece que tal opinión encuentra apoyo en el Código civil, que coloca el derecho que tiene todo propietario de pedir del predio contiguo el apeo, deslinde ó amojonamiento entre las servidumbres legales, cuya circunstancia le da el carácter de un derecho real, que tienen éstas.

Pero prescindiendo de que la clasificación errónea que han hecho los redactores del Código, enumerando el apeo y deslinde entre las servidumbres no puede servir de fundamento para subvertir los principios generales del derecho; y de que es imposible que una acción sea á la vez real y personal, porque en su esencia una petición excluye á la otra; hay que tener presente que, según nuestro derecho actual, no existen las acciones mixtas, pues el Código de Procedimientos de 1872, al cual siguió el de 1880, declaró expresamente en el artículo 5.º, que por razón de su objeto son las acciones reales personales y del estado civil, y en ninguno de sus preceptos hace mención alguna de las llamadas acciones mixtas. ¹

La acción de que nos ocupamos es imprescriptible, y en cualquier tiempo se puede ejercitar, porque constituye un atributo esencial del derecho de propiedad, sancionado por la ley, que no puede extinguirse mientras éste subsiste.

Además, es un derecho que el propietario puede ó no usar á su arbitrio, es decir, que es facultativo; y es sabido que los derechos que consisten en una mera facultad no son prescriptibles.

En esta consideración se funda Laurent para decir que los redactores del Código civil Francés han incurrido en un error al clasificar el apeo entre las servidumbres que se derivan de la situación de la

¹ Artículo 2, Código de Procedimientos de 1884.

lugares; porque si fuera servidumbre, se extinguiría por el no uso durante treinta años. ¹

Finalmente, es imprescriptible el derecho de pedir el apeo y deslinde, porque sería absurdo que el trascurso del tiempo obligase á los colindantes á no dividir sus heredades, aclarando sus respectivos derechos, cuando la ley ha considerado el ejercicio de aquel como protector de la propiedad y del interés social, cuya tranquilidad no se perturba, como sucedería con los conflictos á que daría lugar necesariamente la confusión de los límites de predios contiguos.

Sin embargo; lo expuesto no quiere decir que no sea prescriptible la acción para pedir el apeo cuando se emplea como un medio de recobrar un terreno poseído por el vecino colindante, pues haciendo las veces de la acción vindicatoria, se extingue en veinte años con buena fé, y en treinta con mala. (art. 1,195, Cód. civ.) ²

Pero el derecho que otorga el artículo 1,099 del Código civil á todo propietario para exigir el apeo, deslinde ó amojonamiento de los dueños de los predios colindantes no es de tal manera absoluto que no esté regido por reglas de ninguna especie. Por el contrario, el mismo precepto á que nos referimos y la naturaleza del derecho que otorga nos indican las circunstancias que son esenciales para su ejercicio.

Tres son en general esas circunstancias, las cuales indicamos á continuación:

1.^a Que las heredades de cuyo apeo y deslinde se trata sean rústicas. ³

La razón es, porque las fincas rústicas son las únicas susceptibles de una extensión variable, que exige que se le determine por medio de señales que fijen sus límites. Pero las fincas urbanas que consisten en edificios, no son susceptibles de amojonamiento; pues como decía Paulo, son más bien vecinos que limítrofes, y los muros de que se componen determinan su extensión. ⁴

Fundado en estos motivos, y apoyado en varias autoridades, infiere Demolombe las dos consecuencias siguientes: ⁵

1 Tomo VII, núm. 429, obra citada.

2 Artículo 1,087, Código civil de 1,884.

3 Leyes 2 y 4, § 10, Dig. de *ffin. reg.*, y 10, tít. 15, Partida 6.^a

4 Ley 4. Dig. de *ffin. reg.*

5 Cours de Code Napoléon, tomo XI, núm. 264.

I. Que, aun en el campo, no es admisible la acción de apeo respecto de los edificios, y que sólo hay lugar á la revindicación:

II. Que es admisible aún en la ciudad, respecto de los terrenos no edificados, como los jardines, aunque formen parte de un edificio.

Estas consecuencias son justas y tienen una lógica aplicación entre nosotros, supuesto que, según el artículo 1,045 del Código civil, las servidumbres urbanas se constituyen para la subsistencia ó comodidad de un edificio, y se les llama así sin consideración á que la finca esté en poblado ó en el campo. ¹

2.^a Que las heredades de cuyo apeo se trate sean contiguas ó colindantes. ²

Por este motivo no puede pedir el apeo y deslinde el propietario cuya heredad se halle separada de otra por un camino público ó un río; pues en tal caso las heredades son vecinas; pero no contiguas ó colindantes, y se hallan separadas por límites naturales que hacen innecesario el apeo.

La razón es, como dice Paulo, porque el río y la vía pública más bien confinan con la heredad que el predio del vecino; esto es, que falta el fundamento esencial de la acción. ³

Pero sí procede ésta cuando las heredades están separadas por una senda ó camino privado ó por un riachuelo, porque no constituyen un límite fijo. ⁴

3.^a Que las heredades contiguas pertenezcan á distintos propietarios. ⁵

Si las heredades pertenecen á un mismo dueño no pueden existir la confusión de linderos ó la usurpación, que son las causas fundamentales del apeo, deslinde ó amojonamiento; pues el objeto de estos actos es fijar con toda claridad y precisión los límites de los predios contiguos, cuya circunstancia exige por su propia naturaleza que éstos pertenezcan á diversos propietarios.

De aquí se infiere que si varios individuos poseen *pro indiviso* un

1 Artículo 944, Código civil de 1,884.

2 Ley 4, § 11, Dig. de *ffin. reg.*, y artículo 732, Código civil de 1,884.

3 Ley 5, Dig. de *ffin. reg.*

4 Ley 6, Dig. de *ffin. reg.*

5 Ley 4, § 6, Dig. de *ffin. reg.*

heredad, ninguno puede pedir el apeo y deslinde contra sus demás copropietarios.

Sin embargo; según enseñan Pardessus y Demolombe, cuando varios individuos poseen en común heredades contiguas de naturalezas diferentes, pueden pretender los unos contra los otros, que se fijen los límites de ellas antes de la partición, á fin de facilitarla. Pero ambos jurisconsultos sostienen que en realidad no sería la acción de apeo la ejercitada, supuesto que aquella tiene por objeto evitar las usurpaciones, las cuales son imposibles entre los copropietarios durante la indivisión.

Pero si un individuo es propietario de una heredad y á la vez es dueño en común con otras personas de un predio contiguo, puede ejercer la acción de apeo y deslinde para fijar la línea divisoria de su propiedad y de la común. ¹

Despues de enumerar las circunstancias de que nos hemos ocupado, dice la Enciclopedia Española, que debe tenerse presente también el caso particular en que se halla aquel que entabla la acción y el objeto principal que pretende, porque ésta puede dirigirse al deslinde de las propiedades ó á la fijación de los linderos. En el primer caso exige el ejercicio de la acción, que exista la confusión de derechos provenientes de la alteración ó destrucción de los linderos, ó la usurpación de terrenos; y en el segundo basta que no existan éstos, ó que se hayan alterado ó destruido, aunque no haya duda respecto de los derechos de cada uno de los propietarios ni usurpación alguna. ²

Aunque la propiedad es el principal fundamento del derecho de pedir el apeo y deslinde, no es el único, pues existe además el interés público, que demanda que la confusión de los límites de las heredades no sea el origen de usurpaciones y contiendas entre sus poseedores.

Por este motivo, se ha establecido como regla general, que todo individuo que posea la heredad en virtud de un derecho real ó en nombre propio puede intentar la acción de apeo y deslinde ó amojonamiento.

¹ Demolombe, tomo XI, núm. 265; Pardessus, tomo I, núm. 118.

² V.º Amojonamiento. Sección 2.ª

De esta regla general se infiere, que pueden intentar la acción las personas siguientes:

1.º El usufructuario, á quien corresponden los derechos de usar y disfrutar de la heredad, y las facultades sin las cuales serían inútiles esos derechos, cuyas facultades le facilitan los medios de remover los obstáculos que le pueden impedir el ejercicio de ellos:

2.º El usuario, cuyo derecho es más limitado que el del usufructuario, pero que se halla en idénticas condiciones que éste:

3.º El dueño de la nuda propiedad.

Podría decirse de éste, que habiéndosele otorgado al usufructuario el mismo derecho no se le puede conceder á él; pero todos los autores sostienen que tiene acción para pedir el apeo y deslinde, porque su derecho sobre la heredad es distinto que el de aquel, y en ningún caso puede confundirse en su ejercicio: y aun opinan que cuando el usufructuario solicite el apeo, debe hacer que se cite al propietario, fin de precaver contiendas y discusiones

4.º El enfiteuta, respecto de quien opinan los autores que, al solicitar el apeo, debe hacer que se emplace al dueño del dominio directo á ejemplo del usufructuario.

5.º El marido por la mujer, cuyo representante legítimo es, y el tutor por el incapaz.

De lo expuesto se infiere, que no pueden pedir el apeo y deslinde de las personas que no poseen en nombre propio, ni tienen un derecho real en la heredad, como el arrendatario.

Lo que hemos dicho con relación á las personas que pueden ejercer la acción de apeo y deslinde, tiene apoyo en los artículos 1,200 del Código de Procedimientos de 1872 y 1,224 del de 1880 que declaran, que tienen derecho para promover el apeo: el propietario, el poseedor con título bastante para trasferir el dominio, el usufructuario y el enfiteuta. ¹

El apeo y deslinde puede hacerse extrajudicial y amistosamente por los interesados, ó judicialmente y según las reglas que señala el Código de Procedimientos, de las cuales no nos ocuparemos por su estudio extraño al objeto de estas lecciones.

¹ Artículo 1,226, Código de Procedimientos civiles de 1,884.

Pero de cualquiera manera que se practique el apeo, los gastos que origine se deben hacer á prorata por el que lo promueve y los propietarios colindantes, porque resultando beneficio para todos, no es justo que ninguno haga mejor su condición á expensas y con perjuicio de otro. Sin embargo, esta regla sufre excepción cuando alguno de los colindantes suscita alguna cuestión incidental, independiente de la diligencia del apeo, ó cuando es notoriamente pobre; pues en el primer caso no sería justo gravar á los interesados con gastos que no redundan en su provecho; y en el segundo la equidad demanda que, calificando el juez las circunstancias del colindante pobre le exima á su arbitrio de la obligación de contribuir á los gastos. (art. 1,100, Cód. civ.)¹

El apeo y deslinde, al que malamente se le ha llamado juicio, tiene por exclusivo objeto aclarar los límites ó fijar la línea divisoria entre dos heredades contiguas, de manera que no es atributivo, sino puramente declarativo de los derechos preexistentes de los dueños de aquellas; pues según los artículos 1,272 del Código de Procedimientos de 1872 y 1,236 del de 1880, la diligencia de apeo debe ceñirse á demarcar los límites, reservando toda cuestión sobre posesión ó propiedad para que se deduzca en el juicio correspondiente.²

En otros términos: el apeo no otorga derecho alguno sobre posesión y propiedad, sino que tiene por único fin la aclaración de los límites confundidos, el restablecimiento de los destruidos ó la fijación de los nuevos que sean necesarios para señalar la línea divisoria entre dos heredades; y si alguna cuestión se suscita sobre aquellos derechos debe reservarse para tratarla en el juicio correspondiente.

Esta es, sin duda, la razón en que se fundan los autores generalmente para sostener que, si en virtud del apeo y deslinde recobra alguno la porción de terreno que le fué usurpada, no tiene derecho para pretender la restitución de los frutos producidos por ella.

Para terminar esta materia debemos advertir, que desde los tiempos remotos de la legislación Romana se ha castigado con severas penas la destrucción de las señales de la línea divisoria entre las he-

¹ El precepto contenido en el artículo 1,100 del Código de 1,870 fué trasladado bajo el número 1,239 al Código de Procedimientos de 1,884, por estimarse materia propia de éste.

² Artículo 1,238, Código de Procedimientos civiles de 1,884.