

para que el curso del agua no se interrumpa, proporcionalmente á su 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 del agua, si no es para resolver las dificultades no previstas 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, pero 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 esos 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 y

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

de 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 (artículo 1,091, Código civil.). 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 estricto derecho.

De aquí se infiere: que sólo 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 ineludible, 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, por lo mismo, no hay lugar á la servidumbre de paso, cuando se comunica con la vía pública por un camino accidentado, ó que obliga á un largo rodeo.

Tampoco se puede reputar como enclavada la heredad, que aunque privada de comunicación con la vía pública, se le puede procurar 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; pues 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 estricta y severa interpretación, y aplicarla según la verdadera mente del legislador que ha querido que se considere como paso necesario aquel sin el cual sería imposible la explotación de la finca ó heredad.

Por este motivo sostienen los autores, muy especialmente Favard,—Repertoire, v.º servitude, n.º 2, § 7—Solon, n.º 318, y Demolombe, 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 causarse 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, 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 por-

ciones 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, Código civil). 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, Código 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 1884.

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

el juicio de peritos, quienes con sus luces y el estudio del terreno pueden ilustrar convenientemente la cuestión.

Cuando hay varios predios por donde puede darse el paso para la vía pública, el obligado á la servidumbre debe ser aquel por donde es más corta la distancia, y si ésta es igual por dos predios, el juez debe designar cuál de ellos ha de dar el paso (art. 1,096, Cód. civ.). 1

Aunque los términos absolutos con que está concebida la primera parte de la regla que acabamos de establecer, parecen indicar que en todo caso y sin excepción alguna es aplicable, creemos, sin embargo, que no es así, y que debe quedar al arbitrio del juez aplicarla ó no, según las circunstancias, y por beneficio del dueño del predio enclavado.

Si no fuera así, habría muchos casos en que la ley haría inútil el derecho que otorga al dueño de la heredad enclavada, por lo dispendioso de la apertura del paso, ó por ser impracticable á causa de la naturaleza del terreno del predio sirviente.

Tal sería, por ejemplo, el caso en que el propietario del predio enclavado tuviere que construir un puente elevado y extenso, ó que abrir el paso en la roca viva, á costa de cuantiosos gastos y de un tiempo largo.

Si no queremos hacer ineficaces los preceptos de la ley, tenemos que apartarnos de la severidad de sus términos por medio de una justa interpretación que, lejos de perjudicar, favorece los intereses del dueño de la heredad enclavada, que trata de proteger.

El loable fin de la ley de conciliar en cuanto es posible el interés del dueño de la heredad enclavada y el del propietario del predio sirviente, la han conducido á establecer las reglas precedentes, y á declarar que en la servidumbre de paso el ancho de éste debe ser el que baste á las necesidades del predio dominante, á juicio del juez, no pudiendo exceder de cinco metros ni bajar de dos, sino por convenio de los interesados (art. 1,097, Cód. civ.) 2

Esta regla es perfectamente justa, porque cierra las puertas al abuso, no dejando completamente al arbitrio del juez la designación de la anchura del paso, pues sólo le otorga facultad estrecha de se-

1 Artículo 993, Código civil de 1,884.

2 Artículo 994, Código civil de 1,884.

ñalarla, dentro de dos términos, *minimum* y *maximum*, de los cuales no puede salir, si no es que así lo convengan los interesados.

Es decir, que, conciliando los intereses de uno y otro, procura el menor gravamen posible para el dueño del predio sirviente, á la vez que satisface la necesidad imperiosa del propietario de la finca enclavada, pero dentro de límites justos.

Danvila expresa en los términos siguientes cuáles son los efectos de la servidumbre legal de paso, que copiamos literalmente, porque condensa en pocas palabras la teoría legal de ella. 1

« Los efectos de la servidumbre de paso son, que el propietario del predio sirviente no está obligado á ceder ninguna parte de propiedad. Aquel derecho grava solamente sus predios con una servidumbre; mas ésta, una vez establecida, produce todos los efectos del gravamen. El dueño del predio sirviente continúa pudiendo ejercer todos sus derechos de propiedad, con la condición única de no poder molestar el uso de la servidumbre. Puede servirse del mismo camino, con la obligación de contribuir en este caso á su entretenimiento, y hacer todo cuanto su dueño haría en sus cosas, siempre que no entorpezca el uso de la vía; pero no podrá cercar la heredad, porque entonces impondría al dueño del predio dominante un gravamen sobre una servidumbre, y esto no es permitido.»

« A su vez, el propietario de la heredad dominante no tiene derecho más que de usar de la servidumbre con el objeto para que se constituyó, sin poder cederla ni comunicarla á otros vecinos; ni ejercerla en favor de otro predio nuevamente adquirido ni edificar, ni plantar sobre el predio sirviente. Deberá además hacer las obras necesarias para el ejercicio del gravamen, á no ser que de él se aprovechen ambos propietarios, en cuyo caso las reparaciones serán á costa de los dos.»

Si debemos atenernos al sentido literal del artículo 1,091 del Código civil, que declara que el *propietario* de la finca ó heredad enclavada, tiene derecho á exigir paso por la vía pública, tendríamos que establecer de una manera absoluta que sólo él tiene ese derecho; pero según la opinión de todos los comentaristas del Código Francés, de donde está tomado el precepto á que aludimos, pueden pretender

1 Libro del propietario, pág. 199.

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.<sup>a</sup>, artículo I de este tratado, es complejo y resume todas las facultades que otorgan todos los derechos reales. Es decir, los derechos de usar, de disfrutar y disponer de la cosa, que pueden existir reunidos en una sola persona, y entonces constituyen la propiedad íntegra ó absoluta, ó estar distribuidos entre dos ó más individuos, formando otros tantos desmembramientos 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 se prescribe, no cesa un instante de constituir esta servidumbre. Es decir, que la ley renueva constantemente su concesión, mientras está enclavada la finca ó heredad. 1

Es evidente que, si la servidumbre legal de paso debe su origen y 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, su-

1 Tomo II, núm. 539 bis II,

pliando 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 aquél 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 aquél pudo exigirla conforme á derecho; y aunque prescriba tal derecho, no cesa por ese motivo el paso obtenido (arts. 1,200 y 1,092, Código civil). 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Que el dueño del predio sirviente goce del derecho de señalar el lugar en donde ha de constituirse la servidumbre de paso (art. 1,093, Cód. 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 existía 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 podía 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