

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA.

---

# DERECHO CIVIL

TEORICO Y PRACTICO

POR

FRANCISCO RICCI

Autor del "Tratado de las pruebas,"

---

**De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.**

VOLUMEN **V I**

**De las Servidumbres.**

---

MADRID  
LA ESPAÑA MODERNA  
Cuesta Sto. Domingo, 16.

---

ES PROPIEDAD

---

# TÍTULO QUINTO

## De las servidumbres.

---

### CAPITULO PRIMERO

#### GENERALIDADES

**SUMARIO:** 272. La servidumbre es una limitación de la propiedad. Pero no es parte de la misma. No tiene existencia propia é independiente.—273. La ley no reconoce servidumbres personales. Se infiere esto de los motivos del Código. Por qué se rechazan las servidumbres personales.—274. La servidumbre personal no debe confundirse con la obligación personal del propietario de consentir á otros el ejercicio de un derecho sobre su predio.—275. Criterio para distinguir la servidumbre predial de la personal.—276. *Quid* si la servidumbre personal se hubiere adquirido en virtud de las leyes anteriores.—277. La servidumbre es un derecho real. Es indivisible. Puede constituirse, tanto á perpetuidad, como por un término dado. No puede redimirse sin el consentimiento del propietario del predio en cuyo beneficio se ha impuesto. La servidumbre exige dos predio, dominante el uno y sirviente el otro. Criterio para distinguirlos.—279. La servidumbre no puede imponerse si no resulta de la misma un beneficio para el predio dominante. El beneficio puede consistir en una mayor comodidad. El propietario del predio sirviente no está obligado á hacer. Si de la constitución de la servidumbre resulta la carga de hacer algo para su mantenimiento, esta obligación es personal é in-

dependiente de la servidumbre.—280. Si las servidumbres pueden constituirse sobre predios de dominio público. Razones que demuestran la afirmativa. Ejemplos.—281. No se concibe servidumbre si los predios no corresponden á distintos propietarios. No es necesario que las dos propiedades estén contiguas.—282. Quien alega la servidumbre debe probarla. El mismo principio se aplica cuando el propietario proponga la acción negatoria.—283. Servidumbres continuas y discontinuas. Base de la distinción. Ejemplos.—284. La continuidad ó discontinuidad de la servidumbre no debe confundirse con el ejercicio continuo y discontinuo de la misma.—285. Servidumbres aparentes y no aparentes. Obras visibles. Deben tener el carácter de estabilidad y permanencia. Esta segunda distinción no tiene relación con la primera.—286. Servidumbres legales. Su fundamento. Contra las servidumbres legales no pueden oponerse derechos dependientes de leyes anteriores.—287. Cuestión cuando el derecho se hubiere adquirido por convención.—287 bis. Dos clases de servidumbres legales. De cuáles tratamos.

272. La servidumbre es una limitación impuesta á la propiedad de uno, en beneficio de otra propiedad. Según el art. 531, la servidumbre predial consiste en el gravamen impuesto sobre un predio para el uso y utilidad de otro perteneciente á distinto dueño. Hablando del usufructo, veíamos que es una desmembración de la propiedad, en cuanto algunos atributos de la misma pasan del propietario al usufructuario. La servidumbre, por el contrario, si bien limita la propiedad, no implica su desmembración á beneficio de otro, ni el que tiene la servidumbre puede considerarse que posee una porción de la propiedad ajena.

«La servidumbre del lado del predio sirviente, advierte la Casación de Florencia (1), es un *jus in re aliena* que restringe el ejercicio de los derechos del dominio ajeno, pero no puede considerarse como una parte de

---

(1) Dec. Dec. 20 Mayo 1875. (*An.*, IX, I, 413.)

propiedad (1). Rebaja la condición del predio y su valor, pero no arranca al dueño ninguna parte de su propiedad; al extinguirse la servidumbre, se restituye al predio su condición primitiva, sin que medie transmisión alguna de propiedad á favor del dueño.»

De donde se deriva que la servidumbre no tiene una existencia positiva, sino negativa, en el sentido de que restringe la libre disponibilidad del propietario del predio sirviente, sin que la disminución de la propiedad ajena implique adquisición de la propiedad misma por parte del que tiene derecho á la servidumbre.

Existiendo la servidumbre de un modo negativo, no puede concebirse independientemente del predio sobre el cual se ejercita y aquel á cuyo beneficio se impone. Existe como una modalidad de la cosa y es inseparable de la misma. Así, si el predio se enajena, por efecto de la enajenación pasan al adquirente las servidumbres tanto activas como pasivas, pero la servidumbre por sí misma é independientemente del predio, no puede ser ni enajenada ni hipotecada.

273. La ley no habla más que de las servidumbres prediales; lo cual quiere decir que rechaza las servidumbres personales, esto es, las que se imponen sobre un predio no á beneficio de otro predio, sino de una persona. Esta doctrina es de mucha importancia en la práctica y creemos necesario decir acerca de ella algunas palabras.

La comisión senatorial que hubo de ocuparse con el proyecto de Código actual, era de parecer que no debían excluirse las servidumbres personales admitidas por las costumbres y por nuestras tradiciones. Es preciso recordar las palabras que se leen en su infor-

(1) *Leyes 25 y 26, Dig. De verb. signifi.*

me: «Los romanos, dice, que admitían la servidumbre personal en toda su gran amplitud y fuerza, fueron los primeros en limitar la de los bienes. Singular contradicción, la cual nos prueba una vez más, que los hombres de todos los tiempos han antepuesto los intereses materiales á los intereses morales y hasta á sí propios. Pero todo principio bueno y laudable en sí mismo es difícil que no resulte nocivo é injusto cuando se le exagera. Y de hecho, ¿por qué se habría de impedir á un propietario disponer que un pariente, un amigo ú otra persona querida tenga, por un tiempo determinado ó por toda la vida, el derecho de pasear y de respirar el aire libre y saludable en su predio, tomar agua, cortar leña ó recoger algún fruto? ¿Por qué se ha de prohibir á una persona generosa y desprendida conceder á los habitantes de una parroquia el derecho de transitar por su predio para ir á los divinos oficios, ó simplemente para gozar de un camino más fácil y menos largo? ¿Por qué no ha de poder concederse á estos habitantes el derecho de coger agua en una fuente y el de conducir el agua á través de la propiedad privada para un más cómodo y saludable uso? Una ley que por amor al principio lleva su rigor hasta prohibir estas cosas, no es una ley justa ni de nuestros tiempos.»

Apoyada en semejantes consideraciones, la comisión senatorial proponía introducir en el proyecto la adición siguiente:

«Se puede, sin embargo, estipular y disponer que una persona, independientemente de los bienes que posea ó aunque no posea ninguno, tenga el derecho de usar del predio ajeno para su utilidad ó para su goce; pero este derecho no puede extenderse más allá de la vida de los primeros concesionarios, ni establecerse

en favor de sus sucesores. También se puede establecer el derecho de paso, así como el de tomar ó hacer discurrir el agua en un predio á favor de un municipio ó de una aldea.»

La comisión ordenadora, á propuesta del Sr. Pisanelli, y teniendo en cuenta que tal adición habría multiplicado hasta el infinito las cargas de los predios, suscitando interminables litigios, decidió no admitirla (1), por lo que resulta bien claro, de los motivos mismos del Código, que nuestro legislador no ha querido reconocer las servidumbres personales (2).

Analizando la indole misma de la servidumbre encontraremos fácilmente el motivo de tal exclusión.

Siendo, en efecto, la servidumbre una limitación del derecho de propiedad é implicando un gravamen real sobre el predio, transmisible á cualquier poseedor del mismo, luego se advierte el inconveniente que resulta de depreciar la propiedad y de limitar su comercio.

Semejante inconveniente se resuelve en un daño social, que si el legislador no puede evitar por completo, debe procurar disminuir, porque le corresponde proteger los intereses generales. Guiado el legislador por este criterio, ha observado que aun cuando la servidumbre está constituida á beneficio de un predio ajeno, el inconveniente de la limitación de la propiedad que por un lado resulta, se compensa por otro, con el beneficio y la garantía en interés de la agricultura y de la industria, á las cuales aprovechan las servidumbres prediales. Compensándose aquí el daño social

---

(1) Acta 25, n. VIII.

(2) V. Cas. Turín, 8 Feb. 1883. (*Racc.* XXXV, I, 1,316) y la nota.

con beneficios también sociales, que de otro modo no se obtendrían, el legislador ha creído oportuno que se puedan establecer sobre un predio gravámenes en beneficio de otro predio.

Pero cuando la servidumbre no tiene otro fin que el de procurar una comodidad ó un beneficio á la persona ó personas que ejercitan el derecho activo, en ese caso, el daño social que se deriva de la limitación de la propiedad, no encuentra una adecuada compensación en los intereses particulares favorecidos por la servidumbre misma; y como los intereses generales, deben siempre prevalecer sobre los particulares, cuando entran en conflicto, así el legislador ha obrado sabiamente al no reconocer servidumbres personales, salvo lo establecido por el art. 542, y de lo cual hablaremos.

274. Pero ¿no se podrá, como se lee en el informe de la comisión senatorial, conceder á uno el derecho de pasar por el jardín propio ó de tomar en la fuente propia el agua precisa para sus necesidades personales?

El discreto lector comprenderá fácilmente que una cosa es la concesión de tal derecho, y otra que éste implique verdadera servidumbre. Pudiendo cada propietario disponer libremente de su cosa, mientras no infrinja las leyes ó los derechos ajenos, á nadie debe ocurrírsele que yo no pueda conceder á un amigo ó á un vecino el derecho para sí y los suyos de pasar por mi bosque ó por mi jardín.

La cuestión estriba aquí en decidir si la concesión de tal derecho sirve para constituir una servidumbre sobre mi predio; esto es, un gravamen sobre el mismo transmisible á todo futuro poseedor, ó bien si no implica más que una simple obligación personal de par-

te del cedente, y no transmisible á quien á título particular adquiriera el predio. Ahora bien; lo que el legislador ha querido rechazar, rechazando las servidumbres personales, es el gravamen sobre la propiedad, pero sin proponerse con ello limitar la facultad que cada cual tiene de obligarse á su modo respecto de un tercero. Así, pues, si el propietario concede al extraño, en consideración sólo á su persona, un derecho de paso, de toma de agua ó de hacer leña en su propiedad, tal concesión no produce á favor del concesionario un derecho real sobre el predio, como la servidumbre, sino que sólo implica la obligación personal del cedente, obligado á permitir al concesionario el ejercicio del derecho concedido.

Es sabido que las acciones personales no se proponen sino contra el deudor y sus herederos; si ocurre, pues, que el propietario enajena, dona ó lega á un tercero el predio sobre el cual había concedido á otro el derecho de transitar ú otro semejante, la obligación no pasa al comprador, donatario ó legatario, toda vez que el predio no está gravado por efecto de la concesión.

275. Puede suscitarse alguna vez la duda de si la servidumbre que se reclama, debe comprenderse entre las prediales ó personales; así, conviene examinar algunos casos de los que con más frecuencia pueden provocar dicha duda.

La servidumbre de toma de agua en mi pozo ó en mi fuente, ó la de paso por mi predio, puede ser real ó personal, según que se imponga con relación á otro predio ó bien en consideración á una ó más personas determinadas. Si el derecho de paso se concede para llegar á un predio, el beneficio de la concesión alcanza directamente al predio y no á la persona: la servi-

dumbre, pues, es predial. Del propio modo, si el derecho de tomar agua se concede para que gocen de él todos los habitantes de una casa, sean los que fueren, la concesión se considera hecha en beneficio del predio y no de la persona, é implica también una servidumbre predial.

El derecho de pasto y el de abrevadero en una fuente, ¿puede constituir una servidumbre predial?

Creemos que sí, cuando estos derechos sean concedidos con relación á animales destinados al cultivo del predio y considerados inmuebles por la ley, toda vez que entonces la concesión aprovecha al predio del cual el animal se reputa un accesorio. Pero si los animales que se tiene derecho de hacer pastar ó abrevar en la propiedad ajena, no están destinados al cultivo del predio, sino que son del personal servicio del propietario, entonces la concesión no implica más que una obligación personal, y no un gravamen sobre la propiedad y transmisible á tercer poseedor.

Si alguno, para no hacer la competencia á una fábrica explotada en el predio ajeno, se obliga á no construir otra semejante en el predio propio, ¿se habrá con esto constituido una servidumbre predial? No, porque el gravamen no se impone en este caso en beneficio de un predio ajeno, sino del propietario de la fábrica ya existente y para no disminuir las ganancias evitando la concurrencia; se trata, pues, de una obligación personal que pasa á los herederos, y que no se transmite á quien ha adquirido el predio á título singular (1).

276. ¿Qué decidir, sin embargo, en el caso de que

---

(1) Ap Turín, 17 Feb. 1882. (*Racc.* XXXIV, II, 311.)

las servidumbres personales constituyan un derecho originado á la sombra de las leyes anteriores al Código?

La cuestión es grave, pero no tanto que no pueda resolverse merced á la aplicación de los principios generales y de las disposiciones transitorias para la aplicación del Código actual.

Ya hemos indicado que la materia de la servidumbre está regulada por la ley en interés del orden público, ya porque las que la misma reconoce, lo están con relación á los intereses de la agricultura ó de la industria, ya porque las rechazadas, lo han sido para respetar la libertad de los bienes y su plena enajenabilidad.

Es sabido que las disposiciones de orden público se aplican desde el momento de su publicación, sin que frente á las mismas puedan hacerse valer derechos provenientes de las legislaciones anteriores, porque toda disposición referente al orden público, se considera vigente mientras el legislador no considere oportuno revocarla ó modificarla, según las variables exigencias sociales. Así, las servidumbres personales que la ley no reconoce por ser opuestas á los intereses generales del cuerpo social, aunque estén constituidas bajo las leyes anteriores, no pueden continuar bajo el imperio del Código.

En el art. 21 de las disposiciones transitorias, se prescribe que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, que el día de la publicación del Código se hayan adquirido por la posesión, según las leyes anteriores, se conservan. De donde resulta, que si el legislador ha conservado expresamente las servidumbres reconocidas por el Código, pero adquiridas según las leyes anteriores, de un modo que aquél no admite, y nada ha dicho respecto de las

servidumbres que no reconoce, y adquiridas bajo las leyes precedentes, infiérese que no ha querido reconocer como existentes á semejantes servidumbres.

Pero si no existe la servidumbre, continúa, sin embargo, subsistiendo la obligación personal del cedente y de sus herederos, para permitir al concesionario el ejercicio del derecho que se le ha concedido; porque tal obligación personal, según antes hemos advertido, no contiene cosa alguna contraria á las leyes actuales; por lo que sobrevive á la existencia del gravamen que antes recaía sobre el predio y que el Código actual no reconoce.

277. Imponiendo la servidumbre un gravamen sobre un predio en beneficio de otro predio, es esencialmente un derecho real, el cual se ejercita sobre la cosa gravada con la servidumbre, independientemente de la posesión de la misma. Respecto de terceros, la servidumbre impuesta por contrato, no produce efecto si no se ha hecho pública por medio de la inscripción (art. 1.492, núm. 2).

La servidumbre es un derecho real, por su naturaleza indivisible, tanto respecto de su ejercicio, como con relación al predio sobre el cual se ejercita y á beneficio del cual se impone. Por ejemplo: un derecho de paso, de acueducto, etc., no puede ejercitarse por una cuarta parte, un tercio ó la mitad; ó no se ejercita, ó se ejercita por entero. Del propio modo, el predio que presta la servidumbre, lo presta en todas sus partes y no sólo en aquella que materialmente se ejercite. Si una servidumbre de paso, v. g., se ejercita en la línea *a b* de un predio, esto no quiere decir que sólo la indicada línea entraña la servidumbre, sino que se refiere al predio entero, porque éste es quien lo soporta, y respecto de la totalidad del mis-

mo, es respecto de quien se verifica la limitación de la propiedad y la consiguiente disminución del valor. Lo mismo puede decirse con relación al predio en beneficio del cual la servidumbre se ha impuesto; porque aprovecha ésta á todo el predio, no á una parte del mismo. Suponiendo, pues, constituida la servidumbre de paso ó de conducir agua en beneficio de un predio, que luego se ha vendido á dos ó más personas, cada uno de los adquirentes tiene derecho á ejercitar la servidumbre activa.

La servidumbre, según el Código civil, puede constituirse tanto por un tiempo dado, como á perpetuidad, porque el legislador no requiere como condición de la existencia la servidumbre en perpetuidad. Impuesta, sin embargo, temporalmente ó á perpetuidad, son esencialmente irredimibles, por parte del propietario que las presta sobre sus predios, sin el consentimiento del propietario del predio á cuyo favor se prestan.

278. Siendo la servidumbre un gravamen impuesto sobre un predio á beneficio de otro, supone necesariamente la existencia de dos predios, el uno sobre el cual la servidumbre se ejercita, y que se llama *predio sirviente*, y el otro aquel á cuyo beneficio la servidumbre se impone, y se llama *predio dominante*. Si surge la duda, especialmente en algunas servidumbres negativas, sobre cuál de los dos predios es el sirviente y cuál el dominante, la cuestión no puede resolverse, sino aplicando el criterio en virtud del cual, se considera predio sirviente aquel sobre el cual recae la limitación de la propiedad.

Supóngase que en lo alto de una pared común divisoria se quiere abrir una ventana; si el otro propietario se opone sosteniendo que su vecino no tiene semejante derecho, se debe considerar como predio sir-

viente el edificio en el cual la ventana quiere practicarse; porque es en daño de éste y en beneficio del otro, por lo que está prohibido, á quien ha levantado la pared común, practicar una ventana sobre su mayor altura: y la disminución de la propiedad se efectúa con relación al propietario del predio en el cual la ventana no puede abrirse (1).

279. El beneficio que por el gravamen impuesto al predio sirviente debe obtener el dominante, para que pueda considerarse como existente la servidumbre, debe ser real, pero no es necesario que esté representada por aquello que el predio necesita, pues puede imponerse la servidumbre con el fin de obtener una utilidad cualquiera, ó por mero goce, cuando la utilidad y el goce se refieran al predio beneficiado.

Supongamos que yo tengo en mi predio luz y aire en cantidad suficiente; no por esto puede estimarse que me está prohibido adquirir el derecho de abrir una nueva ventana ya sea para aumentar la luz y el aire, ya para procurarme el placer de una vista nueva (2).

Adviértase que el beneficio procurado por la servidumbre al predio dominante, no puede consistir en obligar al propietario del sirviente á hacer alguna cosa, sino en obligarle á no hacer ó permitir que otros hagan algo en su predio: porque si así no fuese, la servidumbre no implicaría tanto un gravamen sobre la cosa como una obligación personal, lo que es contrario á la índole real de la servidumbre (3).

Pero no debe inferirse de aquí que el que concede una servidumbre, no pueda obligarse á hacer alguna

---

(1) Trib. Ap. Génova, 15 Jul. 1870.

(2) Cas. Nápoles, 26 Feb. 1874.

(3) Apel. Venecia, 18 Enero 1881.

cosa para el sostenimiento de la misma por él impuesta: semejante obligación tiene todo el valor jurídico de que es capaz, y se respeta. Pero esta obligación no se origina en este caso de la servidumbre impuesta, sino del contrato estipulado. No pierde su naturaleza de obligación meramente personal, intransmisible á los futuros poseedores del predio á título particular, y no puede obligarse á su cumplimiento más que á quien le aceptara y á sus herederos: no á los terceros, á cuyo dominio pasa el inmueble, obligados tan sólo, como tales, á tolerar el ejercicio de la servidumbre como gravamen real sobre el predio.

280. ¿Puede la servidumbre imponerse sobre un predio que no esté en el comercio, v. gr., sobre un predio de dominio público?

Parece al pronto que debería sostenerse que no, toda vez que como la servidumbre, limita la propiedad ajena, implica una especie de enajenación, y los bienes correspondientes al dominio público son imprescriptibles é inenajenables (1).

No creemos, sin embargo, que pueda aceptarse de una manera tan absoluta semejante doctrina.

En efecto; la inenajenabilidad de las cosas de dominio público no es absoluta, sino relativa al tiempo en que perdura su destino al uso público; así, pues, una vez que ha cesado éste, los predios de dominio público son patrimoniales del Estado, de los municipios ó de las provincias, y lo son como todos los demás bienes.

El principio, además, de la inenajenabilidad se entiende con relación al dominio de los bienes de dominio público, por lo que si éste queda á salvo, no se

---

(1) V. en este sentido Trib. Ap. Catania. (*Annali* V. 2, 352.) 19 Feb. 1871.

comprende por qué razón no puede adquirirse un derecho de servidumbre sobre los mismos, tanto más, cuanto que las servidumbres se reconocen por la ley, para proteger intereses generales y de orden público.

La ley dispone que los predios inferiores deben recibir las aguas que naturalmente discurren de los predios superiores. Ahora bien; si un camino público se halla más abajo de un predio, ¿se dirá, quizá, que el propietario de éste no puede dirigir sobre aquél las aguas que naturalmente fluyen hacia el mismo?

No puede, pues, sostenerse el principio de que los bienes de dominio público no pueden ser sometidos á servidumbre en beneficio de la propiedad privada.

Además, el Código consiente que se pueda conceder el derecho de tomar las aguas de un río, aun cuando aquéllas sean de dominio público, y permite que el canal conductor atraviase un camino público, un río ó un arroyo (art. 601). De todo lo cual se infiere que el legislador no ha prohibido que pueda prestarse una servidumbre por predios de dominio público.

281. La servidumbre, en su calidad de gravamen impuesto á un predio en beneficio de otro, supone necesariamente que el predio *dominante* y el *serviente* pertenecen á distintos propietarios. Así, cuando ambos predios correspondan á un mismo propietario no puede haber servidumbre, porque todo lo que se hace en el predio se hace *jure proprietatis*, y, lo que se hace en virtud del derecho de propiedad, no puede concebirse como hecho en virtud del derecho de servidumbre. Si uno reclamara un derecho en juicio, no puede reclamarlo al propio tiempo á título de servidumbre y á título de propiedad; porque el fundamento de

aquella, advierte el Tribunal de Apelación de Lucca (1), es muy contrario al de propiedad, y quien deduce la primera, confiesa que el dominio del predio que pretende suyo pertenece á otro, mientras quien sostiene la propiedad lo niega y lo afirma á su vez como suyo.

Si la servidumbre supone dos propietarios, no se necesita, en cambio, que los predios estén contiguos. Porque tal condición no la exige la ley, y no se deriva necesariamente del concepto mismo de la servidumbre. Así, yo puedo tener el derecho de paso ó de conducir agua á través de un predio que no está contiguo á mi propiedad, y á cuyo servicio se ha impuesto la servidumbre.

282. Implicando la servidumbre un gravamen ó carga de una propiedad, é imperando la presunción de que la propiedad es libre si no se demuestra lo contrario, es evidente que quien en juicio reclame una servidumbre activa, tiene á su cargo la prueba del derecho que deduce.

Pero supongamos que el juicio no haya sido intentado por quien pretenda ejercer la servidumbre á cargo de un predio, sino por el propietario del mismo con el objeto de que se declare la libertad de su predio. Este es el caso de la acción negatorio, y es preciso decidir á cuál de las partes corresponde la prueba.

Hay acerca de este punto dos opiniones. La una, fundándose en el principio de que la presunción de libertad milita á favor de toda propiedad, pone la prueba á cargo del demandado que impugnó la libertad del predio que el actor pretende (2). La otra, partiendo de

(1) Decis., 30 Jul. 1867.

(2) Consúltese Pardessus, *Servitudes.*, n. 324: Durantou, t. V, n. 641.

la posesión, sostiene que si el demandado está en posesión de la servidumbre, corresponde al actor la prueba de la libertad del predio, y viceversa, cuando el actor está en posesión de la plena libertad del predio, corresponde al demandado probar la existencia de la servidumbre (1). El Tribunal Supremo de Turín sostiene esta opinión (2).

Nos inclinamos á favor de la primera de las dos opiniones indicadas, porque no creemos oportuna la referencia hecha á la doctrina de la posesión, para resolver la controversia propuesta.

Es un principio fundamental en los juicios, que quien invoca un derecho debe procurar la prueba. Si el juicio de que se trata, en vez de ser intentado por el propietario, lo fuese por el que pretende el derecho activo de servidumbre, no hay duda que correría á cargo de éste la prueba. Ahora bien; ¿por qué los derechos de las partes deben modificarse sustancialmente porque el juicio haya sido intentado por esta en vez de serlo por aquella otra de las partes? El actor, en nuestro caso, es aparentemente el propietario que ejercita la acción negatoria; pero el actor es, en definitiva, el demandado, porque es quien pretende el derecho contra el propietario, y lo pretende no obstante la presunción de libertad que milita en pro de este último. Está, pues, obligado, por una doble razón á correr con el peso de la prueba, tanto porque formula una pretensión contra el actor, que éste rechaza, como porque debe combatir una presunción contraria.

283. La ley clasifica las servidumbres en continuas y discontinuas, y en aparentes ó no aparentes (artículo

---

(1) Mascadé, ant. 1.315: Demelombe, *Servitudes*, n. 957.

(2) Sentencia de 7 Diciembre 1866. (*Annali*, 1, 1, 159).

los. 617 y 618). Semejante distinción no se refiere á la esencia de la servidumbre misma, la cual es siempre igual en toda clase de servidumbres, sino que se refiere al modo cómo se constituyen y á la manera según la cual se ejercitan, y más especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la acción posesoria. De los efectos de semejante distinción hablaremos en su lugar; por de pronto, es necesario establecer bien el concepto legal de cada una de las especies de servidumbre.

Según el art. 617, son continuas las servidumbres cuyo ejercicio es ó puede ser continuo sin necesidad del hecho del hombre: tales son, por ejemplo, los acueductos, las vistas y otras semejantes. Son discontinuas las que para ejercitarse exigen un hecho actual del hombre: tales son las de paso, toma de agua, conducción de animales al pasto y otras análogas.

El fundamento, pues, de la continuidad ó discontinuidad de las servidumbres está en que sea ó no preciso el hecho del hombre para su ejercicio.

Dos observaciones importan á este propósito. La una, que el hecho del hombre á que es preciso atender para distinguir la servidumbre continua de la discontinua, no es el relativo á la adquisición de la misma, sino el que se requiere para ejercitar ó poner en práctica el derecho ya adquirido de servidumbre; la otra, que el hecho no debe referirse á los medios por los cuales es dable ejercitar la servidumbre, sino que debe representar la actuación de ésta.

Algunos ejemplos pondrán en claro los conceptos expuestos.

La servidumbre de paso es una servidumbre discontinua, porque para pasar, es necesario el hecho del hombre que transita por el camino, y se afirme tal á

pesar de que exista un camino estable sobre el cual el paso se ejercite, puesto que si el camino constituye el medio por el cual la servidumbre puede ejercitarse, no debe confundirse con el ejercicio mismo de la servidumbre, toda vez que no consiste ésta en el camino, sino en el acto de pasar. Y no puede asimilarse la senda al acueducto con el fin de considerar continua aquella servidumbre como lo es ésta, porque en el acueducto el agua fluye, naturalmente, sin necesidad de intervención del hombre, y el correr del agua constituye el ejercicio de la servidumbre de acueducto, mientras que en la senda ó paso éste no puede efectuarse sin un hecho del hombre.

Una servidumbre de cloaca debe enumerarse entre las discontinuas, aunque existan obras permanentes, como letrinas, tubos, etc., porque el ejercicio de la servidumbre no está en tales obras, sino en proporcionar los medios necesarios para su ejercicio.

Son continuas las servidumbres *tigui immitendi, onus ferendi, altius non tollendi* etc. porque para ejercitarlas no se necesita que el hombre verifique ningún hecho.

Se ha discutido y se discute todavía, si el derecho adquirido de servirse de las aguas que provienen de un establecimiento industrial, constituye una servidumbre continua ó discontinua. De un lado se dice, que el agua que proviene de la fábrica discurre naturalmente por su canal sin necesidad de intervención del hombre, y se considera por esto la servidumbre como continua (1). De otro lado, se afirma que es necesario el hecho del hombre que toma el agua que es precisa para la industria y la lleva luego al canal de salida,

---

(1) Demolombe, t. XII, n. 712.

asegurando en vista de esto que la servidumbre de que se trata es discontinua (1).

Por mi parte considero que el hecho del hombre requerido por la ley para el ejercicio de una servidumbre discontinua, debe ser el hecho del que tiene derecho á la servidumbre y no el del dueño del predio que le debe; porque si es cierto que la servidumbre por parte del propietario del predio sirviente, no implica otro gravamen que el de no hacer ó permitir que otro haga, también lo es como necesaria consecuencia que, al hablar en el art. 617 del hecho del hombre, no ha podido aludir á otro hecho que al del propietario del predio dominante.

En el caso que se examina, el hecho del propietario del establecimiento, que pone el agua en el mismo y luego en el canal de salida, es totalmente extraño al ejercicio de la servidumbre, porque la toma de agua se hace con el objeto de ejercer la industria, y el desagüe de la misma, se verifica del mismo modo con que cualquier propietario se deshace de una cosa que ya no le sirve.

284. Es preciso no confundir la continuidad ó discontinuidad de una servidumbre, con el uso continuo ó discontinuo que de la misma puede hacerse, porque el único criterio que distingue una especie de la otra, está en que se requiera ó no el hecho del hombre para su ejercicio.

Tomemos, por ejemplo, la servidumbre de acueducto. Quien tiene el derecho de conducir el agua á través del predio ajeno, puede tenerlo con relación á algunos meses del año ó á algunas horas del día, y el

---

(1) Laurent, tomo VIII, n. 132: Pacifici-Mazzoni, *Delle servitù stabilite per fatto dell'uomo* número 82.

ejercicio de la servidumbre aquí no es continuo sino intermitente. Sin embargo, la servidumbre se considera siempre continua y no discontinua, porque el hecho del hombre es necesario cuando se la quiere ejercitar (art. 619).

Del propio modo se puede pasar continuamente por el predio del vecino y aun cuando se pudiera suponer continuo el ejercicio actual del paso, esto no obstante, la servidumbre es discontinua, porque para ejercitarla se necesita el hecho del hombre.

285. Llámanse servidumbres aparentes las que se manifiestan con signos visibles, como una puerta, una ventana, un acueducto; y no aparentes las que no tienen signo visible de su existencia, como la prohibición de edificar sobre un predio ó la de no edificar más que hasta una altura determinada (art. 618).

Advertiremos en primer lugar que la distinción de las servidumbres en aparentes y no aparentes, es independiente de aquella por la cual se clasifican en continuas y discontinuas. Así, una servidumbre continua, por ejemplo, la de toma de agua, puede serlo aparente si no existe ninguna obra para conducir el agua; y viceversa una servidumbre discontinua, por ejemplo, la de paso, puede ser aparente, si existen obras que la indiquen, como un puente, verbigracia.

Habiendo cuidado el legislador de suministrar algunos ejemplos de signos visibles, como las puertas, las ventanas y los acueductos, debemos considerar que el signo visible al cual se refiere, debe estar constituido por una obra exterior que tenga un carácter de permanencia ó de estabilidad; porque la apariencia de la servidumbre no debe ser momentánea, sino constante, lo que no se consigue sin una obra permanente.

La obra, para que constituya un signo visible, debe

verse; por lo cual no pueden considerarse como obras aparentes, los tubos que existen en el interior de un muro y las excavaciones practicadas por debajo del suelo. La apariencia de la obra data desde el momento en que está terminada, y por ende adaptada al objeto á que se destina, y no desde el momento en que se pone mano en ella.

No importa el que las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre se encuentren en el predio dominante ó en el predio sirviente, porque el fin de la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes, se refiere al modo según el cual se adquieren; así si para la adquisición de algunas servidumbres, por medio de la prescripción, se exige que sean aparentes, es para deducir una tolerancia por parte del propietario del predio sirviente, y esto se consigue tanto en el caso en que las obras visibles existan en el predio sirviente, como si estuvieran en el dominante.

286. Las servidumbres, con relación á su origen, se dividen en *legales*, esto es, introducidas por la ley misma y que los particulares adquieren por virtud de la disposición legal, y adquiridas por el hecho del hombre, esto es, por convención, por prescripción ó por destino del padre de familia (art. 532).

Las servidumbres establecidas por la ley según el art. 533, tienen por objeto la utilidad pública ó privada. Aun cuando se refieran á la utilidad privada, sin embargo se establecen por una razón de interés general, porque sólo atendiendo á la necesidad de garantizar la libertad común, se ha determinado el legislador á hacer algunas modificaciones y restricciones á la libertad de los particulares, conciliando así derechos é intereses opuestos.

«Si en nombre de la libertad absoluta, dice el Tribu-

nal Supremo de Turín (1), un propietario tuviese el derecho á hacer sobre su predio alguna obra, aunque agravase el curso natural de las aguas en daño del predio vecino inferior, este vecino, en nombre de la misma libertad absoluta, podría rechazar hacia el superior las aguas con daño, y destrucción acaso de la propiedad de uno ó de otro. En nombre de la libertad absoluta, uno y otro vecino pueden hacer plantaciones y construcciones en el predio propio, sin observar distancia alguna, y lograr por tal modo perjudicarse recíprocamente, é impedirse, á lo menos en los confines, todo uso razonable de las fincas respectivas. En nombre de esa libertad, el propietario de un muro se niega á conceder al vecino la comunidad del mismo, rechazando la oferta de una equitativa compensación; y con tal sistema, puestos los ciudadanos á edificar en sus suelos respectivos, con igual libertad absoluta, llenarían la ciudad de construcciones contrarias al ornato público y á la salubridad pública. Por último, y para no multiplicar los ejemplos, si el propietario de una casa, en nombre de una pretendida libertad absoluta, abre ventanas de luces sobre el predio vecino, el propietario de éste edificará con el mismo derecho, en su suelo propio, un muro contiguo al del vecino, y le tapiará las vistas que le resultan incómodas. En medio de esta lucha de derechos y de pretensiones absolutas é inconciliables, media por necesidad la ley social, la cual, con oportunas modificaciones universales é iguales para todos, transige, armoniza y consigue asegurar una pacífica y común libertad de las personas y de las cosas, en la convivencia civil.»

Establecidas, pues, las servidumbres legales por la

---

(1) Decis. 18 Feb. 1876 (*Racc* **IXVIII**, 2 227).

ley para tutelar los intereses sociales y como garantía del orden público, las disposiciones á ellas relativas se aplican una vez promulgadas, porque los particulares contra lo que reviste un alcance en relación con los intereses generales, no pueden esgrimir sus derechos. «Una ley de transacción y de conciliación general, añade el Tribunal Supremo de Florencia, tiene el carácter de ley declarativa y debe producir efecto inmediato. Lo que no puede ponerse en duda, tratándose del respecto á la propiedad y de sus respectivas servidumbres legales, en cuanto que, por la lucha de derechos antes indicada, se opondrían entre sí en las condiciones supuestas por la libertad absoluta contradiciéndose é impidiéndose en respectivo ejercicio, sin que ninguno de ellos pueda en atención tan sólo á ser anterior, ofrecerse como un derecho perfectamente adquirido (1).»

287. Un contrato estipulado, estando vigente la ley anterior, ¿puede impedir que, con relación á las partes, tenga efecto la nueva ley relativa á una servidumbre legal?

No vacilamos en afirmar que si, teniendo en cuenta que el derecho derivado del contrato respecto á una servidumbre, es muy distinto del que por la ley puede adquirirse en orden á la misma. Cuando, en efecto, una disposición legal atribuye una servidumbre, la concesión legal no se ha hecho atendiendo á los intereses particulares del favorecido por la servidumbre, sino atendiendo á intereses sociales determinados. Ahora bien; los intereses sociales se cambian.

---

(1) V. también en este sentido Cas. Nápoles 15 Enero de 1881, (*Racc.* xxxiii, t. 1.203) que sostiene que el Código regula las servidumbres legales aunque hayan nacido bajo el imperio de leyes anteriores.

ó se modifican, y cambiando ó modificándose, surge la dificultad de tener que respetarlos con distintas disposiciones legales, según las nuevas necesidades. He ahí por qué las disposiciones dictadas por el legislador, en materia de intereses generales ó de orden público, se considera que son tales mientras otras condiciones sociales distintas no exijan otra cosa; y he ahí por qué el derecho derivado de las mismas no es un derecho concedido á perpetuidad, sino un derecho que puede perderse ó modificarse si así lo exigen las variables necesidades sociales.

Cuando, por el contrario, el derecho se ha adquirido en virtud de un contrato, no depende entonces de la ley, sino de la libre voluntad de las partes, y así, aquélla no tiene porque quitar lo que no ha dado, salvo que en las leyes se dispusiera otra cosa expresamente.

· 287 *bis*. Hemos visto que las servidumbres legales son de dos clases: las unas, establecidas á causa de utilidad pública; las otras, que atienden á la utilidad privada. Las primeras, según el art. 534, se refieren á las corrientes de las aguas, á las veredas á orilla de los ríos y canales navegables, ó aptos para el transporte, la construcción y reparación de los caminos y demás obras públicas. Estas servidumbres, dice el artículo, no se regulan por el Código, sino por leyes y reglamentos especiales: por esto no trataremos de ellas aquí. La segunda clase se regula, según dispone el art. 535, por las leyes y reglamentos de policía rural, así como también por el Código. Ahora bien; vamos á examinar lo que éste dice acerca de las mismas.

## CAPITULO II

### DE LAS SERVIDUMBRES QUE SE DERIVAN DE LA SITUACIÓN DE LOS LUGARES

**SUMARIO:** 288. Estas servidumbres son verdaderas limitaciones del derecho de propiedad ajena. Consecuencias de este principio.—289. La servidumbre que implica la obligación de recibir las aguas del predio superior. Comprende las materias como piedras, tierras, etc., que en virtud de fuerza natural caen desde el predio superior al inferior. El propietario inferior no tiene derecho á pedir compensación alguna por los daños que le origine tal servidumbre. Puede reclamar por los daños causados por el transporte de las materias caídas al predio superior que el propietario hubiese hecho.—290. Esta servidumbre está limitada á las aguas que discurren naturalmente y no por obra del hombre. Cuestión cuando el propietario encuentre una fuente en su predio. Cuestión sobre las aguas pluviales.—291. La servidumbre pasiva de recibir las aguas no puede confundirse con la activa de saca de agua. Consecuencias de este principio.—292. Si el propietario inferior puede librarse de esta servidumbre por prescripción.—293. El propietario superior no puede hacer obras que agraven la servidumbre á cargo del predio inferior. Cuestión cuando las obras hayan sido reclamadas por las necesidades del cultivo. Aplicación al caso del artículo 606.—294. El propietario inferior no puede hacer en su predio obras que impidan la caída natural de las aguas, aunque aquéllas sean exigidas por las necesidades de' cultivo.—295. El propietario inferior no puede ser obligado á hacer obras que faciliten el curso de las aguas. Estas obras, cuando sean necesarias para la marcha de las aguas, pueden ser

ejecutadas por el propietario superior en el predio inferior. —296 Servidumbres de construcción y reconstrucción de diques. Respecto de qué aguas se impone. Si puede ejercitarse cuando aquéllas no hayan existido.—297. Quién puede tener interés en pedir la construcción ó reconstrucción de diques. A quién se otorga la preferencia —298. Quién está obligado á concurrir á los gastos de construcción y reconstrucción.—Necesidad de la autorización judicial.—299. Si el desbordamiento aprovecha al predio en que existían los diques destruidos, puede el propietario ser obligado á tolerar la reconstrucción.—300. Obstáculo en un foso ó rfo. Principios que regulan el derecho de los interesados en removerlo.—301 Derechos del propietario sobre la fuente. Qué se entiende por fuente. Libre uso de la misma.—302. Primera limitación al derecho de libre uso de la fuente por el daño que puede causarse á las aguas de otros predios. Concepto de esta limitación. Cuándo tiene lugar. Cómo se aplica.—303. Segunda limitación. Derechos adquiridos por los vecinos sobre la fuente en virtud de título.—304. Tercera limitación Derecho adquirido por un tercero en virtud de prescripción. Caracteres especiales de ésta. Calidad de las obras que se requieran. Cuándo comienza á correr el término. Por quién se deben construir las obras. Por quién se presumen hechas.—305. Cuarta limitación á favor de los habitantes de un municipio ó fracción del mismo para quien el agua sea necesaria. Razón de esta servidumbre Qué se entiende por necesidad. Qué por fracción de municipio. Esta servidumbre se refiere á las fuentes, no á los pozos, cisternas y demás aguas no corrientes. Indemnización al propietario.—306. Quinta limitación encaminada á impedir la dispersión de las aguas cuando éstas resultan aprovechables para los predios vecinos. Condición exigida para que el vecino pueda impedir al propietario la dispersión de las aguas. Si, cuando la dispersión de las aguas viene efectuándose tiempo atrás, puede ser impedida por el vecino á quien el agua aprovecha. Compensación que debe darse. Criterio para medirla.—307 Derechos de los ribereños sobre las aguas corrientes. Sobre qué aguas no recaen estos derechos. Aguas de dominio público. Derechos adquiridos por otros sobre las aguas. Aguas que corren mediante obras.—308. Las aguas corrientes que no son de dominio público pertenecen á los ribereños. Si tienen éstas copropiedad sobre la masa de aguas corrientes, ó só'o la propiedad del agua mientras ésta fluye por el álveo de su propiedad.—309. Derecho del propietario ribereño superior respecto del in-

ferior. Si puede usar del agua para un fin de puro deleite. Si puede usarla para necesidades domésticas y para abreviar animales.—310. Derecho del propietario ribereño respecto de otro. De qué cantidad de agua puede usar cada uno.—311. Quién es propietario ribereño. No se es tal si entre el río y el predio propio hay un camino público. Cuestión cuando éste se hubiera construido después que se ejercitaba el derecho de regar.—311 bis. Si se puede derivar agua del predio superior cuando el propietario ribereño no pueda hacerlo, teniendo en cuanto la situación de los lugares, mientras aquélla corre por su frente.—312. Si el propietario ribereño puede servirse del agua en beneficio de otro predio no contiguo al que toca en el curso del agua.—313. El propietario ribereño superior debe restituir el sobrante al inferior. Cuestión cuando esto no sea posible, dado el nivel de los terrenos.—314. Si un ribereño puede ceder á otro el derecho que le corresponde sobre el servicio de las aguas.—315. Derechos del propietario cuyo predio atraviesa una corriente de agua.

288. El epígrafe de este capítulo puede suscitar la duda de si las servidumbres que se derivan de las situaciones de los lugares, son cosa distinta de las establecidas por la ley. Ha parecido á algunos que el gravamen impuesto por la naturaleza á un predio con relación á otro, constituye una condición esencial del mismo derecho de propiedad, de suerte que tales gravámenes se llaman impropriamente servidumbres, debiendo acaso denominarse como modos de ser del referido derecho de propiedad.

Tal controversia no es puramente académica, sino que tiene su influjo en la práctica. Sabido es que las servidumbres, en cuanto implican limitación del derecho de propiedad, son de interpretación estricta, y así, en caso de duda, el juez debe decidirse á favor de la libertad del predio, con preferencia al gravamen que se supone impuesto sobre el mismo. De donde se deriva, que si el gravamen impuesto á un predio por la situación natural del mismo respecto á otro se

comprende entre las servidumbres, debe interpretarse estrictamente, y en caso de duda, decidirse por la libertad del predio; en cambio, si el gravamen se considera como un modo de ser de la propiedad, la presunción estará siempre en favor del mismo, porque el derecho de propiedad no se detiene sino cuando resulte justificado el obstáculo que al mismo se opone.

Es cosa en verdad difícil, por no decir imposible, comprender cómo el gravamen impuesto á un predio, el cual constituye una limitación del derecho correspondiente á su propietario, pueda considerarse como una modalidad del derecho de propiedad que corresponde al poseedor del predio en cuyo beneficio redundan el gravamen impuesto por la natural situación de lugares. Todo modo de ser del derecho de propiedad no puede tener otro objetivo que la cosa misma poseída en propiedad; si el objetivo es distinto, claro es que no puede hablarse de modo de ser del derecho de propiedad, porque lo *mío* es distinto de lo *tuyo* y no puede considerarse como *mío* lo que á ti te pertenece.

Por otro lado, la situación natural de los lugares ha sido el motivo por el cual el legislador ha admitido las servidumbres que se derivan de la misma. Las servidumbres legales, sea cual fuere el motivo de su establecimiento, no dejan de ser servidumbres, y no podrían considerarse de otro modo sin violentar la letra y el espíritu de la ley.

Las servidumbres, pues, que se derivan de la situación de los lugares, son verdaderas servidumbres, y por tanto, sometidas á las reglas de interpretación relativas á las servidumbres en general.

289. Una servidumbre que se deriva de la situación de los lugares es la de las aguas procedentes de los

predios superiores, que los inferiores están obligados á recibir cuando esto sea natural, esto es, sin el concurso de la obra del hombre (art. 536).

Aun cuando el texto de la ley no lo diga, su espíritu induce á considerar, que la servidumbre de los predios inferiores no se limita á recibir las aguas que corren naturalmente desde los predios superiores, sino que obliga también á recibir cuanto por fuerza natural se desprende del alto para caer en el más bajo. Así, si por virtud de fuerza natural se desprende una parte del terreno superior, el inferior está obligado á recibir la tierra y demás materias que en el desprendimiento se comprendan.

No podría sostenerse lo contrario sin desconocer el espíritu de la ley. ¿Por qué, en efecto, se ha establecido que los predios inferiores están obligados á recibir las aguas que naturalmente discurren de los predios superiores? Porque esto ocurre independientemente de la voluntad y del hecho del hombre, y por la sola fuerza de la naturaleza á la cual no es dable resistir. Ahora bien; ¿no milita esta misma razón con relación á cualquier materia que por fuerza natural se separe del predio superior hacia el inferior? Cierto es que en materia de servidumbres, como de derecho estricto, no cabe interpretación extensiva; pero aquí no se trata de ampliar de un caso á otro una disposición particular de la ley, sino de aplicar el principio general, común según el que cada cual debe soportar el caso fortuito y la fuerza mayor que le perjudique.

Dado que el predio inferior está obligado á recibir cuanto por fuerza natural proviene del superior, fácilmente se comprende que el propietario de aquél no tiene derecho á reclamar indemnización alguna, por los daños que el curso de las aguas ó la caída de

otras materias haya acarreado á su predio. Porque si el dueño del predio superior está en su derecho cuando no se opone á la fuerza natural que conduce las aguas de su terreno al del vecino, claro es que nadie puede reclamarle indemnizaciones por los efectos que resulten del ejercicio de su derecho.

Si el propietario del predio superior quiere recuperar la tierra, las piedras ú otras cosas transportadas por la fuerza natural á un terreno inferior, puede hacerlo, porque el mero hecho del transporte por la sola fuerza natural de sus cosas á una propiedad ajena, no le priva del derecho que le corresponde sobre las mismas; pero entonces está obligado á indemnizar al propietario del predio inferior por los daños y molestias ocasionadas como consecuencia del transporte de las cosas caídas.

¿Puede decirse, que, en caso de transporte de las materias naturalmente arrastradas, el propietario del predio superior está obligado al del inferior por los daños que éste hubiera sufrido á consecuencia del arrastre de las mismas?

Creemos que no, dado que el hecho del arrastre ó caída es muy diferente del hecho del transporte. El primero se debe á la acción de la naturaleza y el hombre no puede responder de él; el segundo, en cambio, es voluntario, y da lugar á la acción por indemnización de daños. Cuando el propietario del predio superior hace recoger las cosas caídas en el inferior, no puede obligarse más que por las consecuencias estrictas de este hecho suyo no por las del hecho de la caída, el cual es completamente extraño.

290. La ley no impone al predio inferior la carga de recibir las aguas que discurren naturalmente del superior, sino cuando no concurre la obra del hombre.

La naturaleza, pues, y no la obra del hombre debe ser la causa del curso de las aguas que el propietario inferior está obligado á recibir en su predio. Por tanto, si el propietario del predio superior conduce por su trabajo una fuente ó canal de agua á cualquiera industria ó aunque sea al riego, no puede pretender, fundándose en el art. 536, que el propietario inferior soporte la corriente de semejantes aguas. En este caso el propietario del predio superior puede, como veremos, según el art. 606, pedir sobre el predio inferior la servidumbre de desagüe. Pero teniendo en cuenta que se trata de dos servidumbres distintas, pues bien se ve que aquellas servidumbres de paso de que habla el art. 606, son cosa muy diversa de la de desagüe natural un punto por el art. 536.

Si el propietario superior ejecuta algunas obras para encontrar una fuente que atraviesa las capas inferiores de su predio, ¿puede invocar el art. 536 para el desagüe de la fuente por lo que toca á los sobrantes de la misma?

Nos parece indudable que no; porque en este caso la corriente del agua sobre la superficie del suelo no se verifica de un modo natural, sino por hecho del hombre, faltando así una de las condiciones requeridas para que exista la servidumbre del artículo 536. Es, sin embargo, aplicable al caso el art. 606 y puede pedirse la servidumbre de desagüe á cargo del predio inferior.

Sería distinto el caso en que el manantial ó fuente aparecieran de un modo natural en la superficie del suelo; porque no mediando la obra del hombre, es lo cierto que la corriente del agua se produce naturalmente, lo cual obliga al propietario inferior á recibirla en su fundo.

Las aguas provenientes de las lluvias no pueden considerarse como consecuencia del hecho del hombre; en su virtud, los predios inferiores deben recibir todas las que procedan de los superiores sea cual fuere su cantidad.

291. Importa no confundir la servidumbre pasiva del predio inferior, obligado á recibir las aguas de los superiores, con la servidumbre activa que el mismo predio pueda haber adquirido para servirse de las aguas de los superiores, fundándose en que el gravamen no puede convertirse en un derecho. Si el propietario inferior está obligado á recibir en su predio las aguas que discurren del predio superior, el propietario de éste, sin embargo, no está obligado á dejarlas correr, y puede darlas otro destino, y no puede quejarse de esto el propietario inferior cuando le tenga cuenta servirse de las aguas procedentes del predio superior, porque no tiene derecho alguno á exigir que tales aguas corran por su predio sino que sólo tiene el deber de recibirlas cuando naturalmente afluyen á él (1).

Puede, por lo demás, la servidumbre activa de servirse de las aguas provenientes del predio superior adquirirse por el propietario del predio inferior, tanto por contrato, cuanto por prescripción en el caso de que haya construido obras aparentes para conducir dichas aguas. En este supuesto, el derecho no se tiene en virtud de la disposición del art. 536, sino á la manera que puede adquirirse cualquiera otra servidumbre (2).

Adquirida semejante servidumbre activa, implica,

---

(1) Cas. Turín, 21 Dic. 1833.

(2) Cas. Nápoles, 2 Abril, 1883.

con relación al predio sirviente, la obligación de no desviar el curso de las aguas del predio dominante, pero no amengua en manera alguna el derecho á usar libremente del agua en beneficio de su predio, cambiar el cultivo y aun abandonar en todo ó en parte el riego, dado que semejante abandono implique la supresión de la servidumbre. Así, pues, el propietario del predio dominante no tiene derecho á introducirse en el predio superior con el objeto de reparar ó componer los canales de desagüe, pues no puede desconocer el derecho del propietario á disponer del agua como le parezca y para el uso que le plazca. Tal derecho puede ser adquirido por el propietario del predio dominante como una nueva servidumbre, pero no puede considerarse como una natural consecuencia de la adquisición servidumbre de que se trata (1).

292. Así como el propietario inferior puede adquirir el derecho á la servidumbre activa con relación á las aguas que naturalmente discurren del superior, así puede también sustraerse por contrato ó por prescripción á la servidumbre pasiva de recibir las aguas indicadas. En el supuesto de que el propietario inferior haya hecho obras visibles y permanentes con el objeto de impedir que las aguas del terreno superior afluyan á su fundo, y que el propietario superior, tolerando tales obras, haya dado á dichas aguas una dirección distinta, si las obras se mantienen por el término necesario de la prescripción, aquél se libra de la servidumbre pasiva, y el propietario superior no puede, modificando la desviación efectuada, dejar que las

---

(1) Cas. Turín, 24 Oct. 1883.

aguas tomen de nuevo su curso natural y corran hacia el predio inferior.

Si ocurre, sin embargo, que el propietario superior no pueda mantener la desviación de las aguas de su curso natural, de suerte que éstas no pueden menos de afluir hacia el predio inferior, entonces, á pesar de la prescripción ya cumplida, el propietario inferior está obligado á recibir las aguas en su predio, porque su derecho á la liberación de semejante servidumbre sólo subsiste, en cuanto pueda el propietario del superior dar á las aguas otra dirección; suprimida tal posibilidad renace el gravamen á cargo del propietario del predio inferior.

293. Limitándose la servidumbre de que tratamos á las aguas que fluyen naturalmente, infiérese la consecuencia de que ni el propietario superior puede hacer obras que agraven la servidumbre en perjuicio del predio inferior, ni el propietario de éste puede impedir en todo ó en parte el desagüe de las aguas con sus obras (art. 536).

Suponiendo, pues, que las aguas abandonadas á su curso natural fluyan por diversos puntos del terreno superior, el propietario de éste no puede reunir las para su desagüe por un solo punto, cuando esto perjudique al predio inferior y así agrave la servidumbre. Y viceversa, si las aguas fluyen por un solo punto, el propietario del predio superior no puede hacer obras para que el desagüe se haga por varios puntos, si esto perjudicase la condición del predio inferior.

Sin embargo, siempre que el cambio de dirección del curso de las aguas no produzca daño al predio inferior y sea útil al superior, el propietario de aquél no tiene motivo para quejarse, porque no experimentando lesión alguna sus intereses, no tiene derecho á impe-

dir que otro obtenga la mayor utilidad posible en sus predios.

Pero si de las obras de desviación del curso natural de las aguas, sea para obtener el propietario superior una mayor utilidad con respecto á sus predios, ó bien aun cuando tales obras fuesen reclamadas por las necesidades del cultivo, resultando agravada la servidumbre de los predios inferiores, ¿no podrá, ni aun tales casos, agravarse la servidumbre de estos?

Se ha considerado que la servidumbre de que se trata no puede gravarse á causa de una utilidad agraria del predio dominante, pero que sí puede agravarse, por razones de equidad, cuando la agravación responda á una necesidad ó utilidad notable de los predios y de la agricultura (1).

Nos parece que limitada la controversia á la aplicación del art. 535, la servidumbre legal no puede agravarse, porque consiste esencialmente en recibir las aguas que discurren de un modo natural y no las que procedan de una corriente artificial. Sin embargo, el propietario del predio superior, en virtud de lo que dispone el art. 606, tiene derecho á pedir el paso de sus aguas por el predio inferior pagando la indemnización según dispone la ley.

Como fácilmente se ve, la diferencia entre ambas servidumbres es notable. La que se deriva del artículo 536, se presta sin compensación alguna; en cambio, la que puede adquirirse en virtud del art. 606, exige que el gravamen impuesto al predio sirviente sea equitativamente compensado.

---

(1) Consúltese Tribunal de Apelación de Bolonia, 13 Septiembre de 1882. (*Racc.* XXXIV, II, 687). V. una Monografía de Lozzi (*Idem* XXXIV, IV, 65).

294. El propietario del predio inferior no puede alegar la utilidad y necesidad de las obras que efectúe para sustraerse á la obligación de no hacer en su propiedad las que impidan ó disminuyan el paso de las aguas provenientes del predio superior, produciendo en este algún remanso y con él perjuicio. «Ante una declaración precisa de la ley, advierte el Tribunal de Apelación de Turin, (1) que determina las obligaciones del predio sirviente, no puede servirle al propietario invocar el criterio de la agricultura, porque, aun cuando sea éste muy alto y digno de consideración, y aun cuando en materia de servidumbres de aguas, la ley procura, con frecuencia, armonizar los intereses de la propiedad con los de la agricultura; sin embargo, como no era posible establecer normas ciertas é inmutables para una armonización semejante, y, además, el arbitrio de los magistrados no hubiera podido menos de provocar demasiados litigios difíciles y costosos, el legislador ha creído conveniente designar los casos en que tal conciliación podía ser oportuna y útil: de donde resulta que el magistrado, que interpreta y aplica, pero no crea la ley, no puede tomar en consideración el interés de la agricultura, sino en los casos en que la ley para ello le faculta.

Ni pueden los artículos 544 y 578 del Código aplicarse al caso de que se trata. Realmente estos artículos ordenan, en efecto, que se armonicen los intereses de la agricultura con los miramientos debidos á la propiedad, pero no comprende el caso en que por parte de alguno de los contendientes, haya un derecho de servidumbre debidamente adquirido, ni facultan al magistrado para poder derogar en interés de la agricul-

---

(1) Sent. 27 D. c. 1689 (An. III, 2.438).

tura, los derechos del propietario del predio dominante frente al sirviente.»

Por otro lado, la servidumbre de que hablamos ¿no ha sido introducida en interés de la agricultura? ¿Como, pues, alegar un interés agrícola para destruir una servidumbre establecida por la ley con relación al mismo?

La condición del propietario del predio inferior resulta, por la fuerza misma de la naturaleza, no por disposición de la ley, menos favorable que la condición del predio superior, porque si este último, mediante compensaciones equitativas, puede obtener el paso de sus aguas por el predio inferior, ocurre esto porque las aguas corren hacia abajo y no hacia arriba; y, por tanto, el propietario del predio inferior no puede hacer que las aguas de sus predios, inferiores retrocedan en su natural curso (1).

295. Si el propietario del predio inferior no puede verificar obras que impidan ó disminuyan el paso de las aguas provenientes del predio superior, no puede, por otro lado, ser obligado á hacer en su predio las obras que faciliten el desagüe é impidan á las aguas detenerse en el predio superior, porque la servidumbre implica sólo el gravamen de no hacer, no el de hacer. Sin embargo, cuando estas obras sean necesarias para que las aguas discurran sin producir remanso, podrán ser ejecutadas por el propietario del predio superior á sus expensas, é indemnizando al propietario inferior de los daños que le causaran tales obras, v. g., la limpieza de los canales de desagüe, la remoción de cualquier obstáculo que se oponga al curso de las aguas, etc., etc.

---

(1) Ver en este sentido la Sent. del Trib. de Ap. Parma, 2 Nov. 1883. (*Racc.* XXXVII, I, 1.)

Si el propietario inferior ejecutase las obras útiles ó necesarias para el libre curso de las aguas por su espontánea voluntad, no puede exigir compensación del propietario superior, porque debe estimarse que tales obras benefician al predio sirviente, y por ello han sido ejecutadas, y aunque por otra parte benefician también al predio dominante, esto en rigor nada importa.

296. Trata el art. 537 de otra servidumbre que se deriva de la situación de los lugares, y dice: «Si las riberas ó los diques que hubiese en un predio y sirviesen para retener las aguas, fuesen destruidos ó derribados, ó se tratase de obras defensivas que fuesen necesarias para la variación de la corriente de las aguas, y el propietario del predio no quisiera hacer las reparaciones, restablecerlas, ni construirlas, los propietarios que experimenten los perjuicios, ó estuviesen en grave riesgo de experimentarlos, podrán hacer, á su costa, las construcciones necesarias. Los trabajos deberán ejecutarse de manera que el propietario del predio no sufra ningún perjuicio, y previa la autorización judicial, después de oídos los interesados y observándose los reglamentos particulares sobre aguas.»

Este artículo no se refiere á las aguas que discurren naturalmente de los predios superiores á los inferiores, ni tampoco se refiere á los acueductos, canales y cierres que otro puede haber construido en su predio para conducir á él el agua necesaria para el riego ó para cualquier uso industrial. No se atiende con él mas que á establecer una servidumbre á cargo de los predios ribereños ó costaneros de una corriente de agua, v. g., un río ó arroyo, y en beneficio de otros predios, á los cuales pueden causar daños las aguas del río ó arroyo.

El legislador supone en el referido artículo dos casos: el uno, aquel en que los diques ó márgenes ya existentes en el predio ribereño, ó lindantes con la corriente de agua, hayan sido destruidos ó alterados; el otro, aquel en que las reparaciones resultasen necesarias á causa de cambio ocurrido en dicha corriente de agua; y en estos casos, dispone que si el propietario del predio no quiere reparar ó construir por sí los diques ó riberas, pueden hacerlo los otros propietarios á quienes puede ocasionar daño la falta de aquellas riberas ó diques.

Opinan algunos que, teniendo en cuenta el espíritu de la ley, se debe ampliar el art. 537 á un tercer caso, cual es aquel en que los diques ó defensas nunca hayan existido y las aguas, por otro lado, no hayan cambiado su curso (1).

No creemos que la aplicación del citado artículo deba ampliarse á semejante hipótesis, por dos razones: la primera se infiere del principio general, según el cual, implicando las servidumbres una limitación del derecho de propiedad, deben interpretarse estrictamente, y no es lícito aplicar por extensión de un caso á otro, una disposición legal á ellas referente. La segunda nos la suministra el texto mismo del artículo de que se trata. En él se dice, en efecto, que la servidumbre de tolerar los diques ó riberas aún no existentes, puede imponerse al predio cuando hubiera habido cambio en el curso de las aguas. Ahora bien; la indicación de este caso equivale á la exclusión del otro, y por lo tanto la disposición del artículo de que se trata, no puede aplicarse á la hipótesis propuesta.

Y no se diga que, sosteniendo tal opinión, se causa

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Servitu legali*, n. 49.

un daño á la agricultura porque se impide á los propietarios construir las reparaciones que garanticen sus predios contra las inundaciones. Si los propietarios de los predios perjudicados no pueden ejercitar estas obras sobre el predio que recorre ó toca la corriente de agua, pueden en cambio construirlos en la linde de sus propios terrenos, é impedir así, á las aguas que han ocupado el predio existente entre ellas y la corriente del río ó arroyo, extenderse.

297. El propietario del predio, sobre el cual se ha impuesto la servidumbre, es preferido para la construcción ó reconstrucción de los diques ó riberas; de suerte que los demás propietarios á quien tales obras son útiles, no tienen derecho de ejecutarlas sino cuando aquél se niegue. Así, es necesario que quien quiera hacer las obras pregunte al propietario del predio sirviente, y á este efecto, el art. 537 prescribe que se debe provocar un juicio, tanto respecto del propietario del predio sirviente, como respecto de los demás propietarios á quienes las obras interesen. Este juicio, sin embargo, no se requiere cuando todos los interesados y el mismo propietario del predio sirviente se convengan en el modo de ejecutar las obras.

Para que un propietario pueda tener interés en ejecutar las obras de que se trata, no es necesario que su predio esté contiguo al predio sirviente; basta que las obras le sean útiles, en cuanto impidan que en caso de aluvión las aguas inunden su predio. Suponiendo, pues, que el predio A linda con la corriente de agua, que esta esté contigua con el predio del propietario B, y que el propietario C posea en tercer lugar un predio suyo contiguo con el del propietario B, el último propietario C puede ejecutar las obras de construcción ó reconstrucción de las márgenes, cuando se demostrase

que las aguas pueden llegar á su predio y perjudicarlo.

298. En el artículo que examinamos se dice que los propietarios perjudicados pueden hacer ejecutar *á su costa* las reparaciones y construcciones necesarias. Es preciso, sin embargo, entender esta disposición en armonía con la del art. 539, y que obliga á todos los propietarios á quienes sea útil la conservación de los diques y márgenes, á contribuir á los gastos en proporción á la utilidad que cada uno de ellos obtenga. En su virtud, si el mismo propietario sobre cuyo predio se construyen las obras obtiene de ellas alguna utilidad, está obligado á contribuir á los gastos en proporción al beneficio que de las mismas obtiene.

Quien ejecute las obras está obligado á obtener autorización judicial con citación de todos los interesados. Pero tal autorización no constituye una condición necesaria para que los demás propietarios á quienes las obras benefician, sean llamados á contribuir. El objeto de la autorización es establecer, mediante discusión de los interesados, los trabajos que deben hacerse y como deben ejecutarse. De donde resulta, que quien se ha puesto á hacer las obras sin autorización, tiene la obligación de demostrar que las mismas son útiles y que no se han efectuado gastos superfluos, si pretende que los demás interesados concurren á los gastos. El fundamento de este reembolso es el beneficio que obtiene el tercero de la obra ejecutada: ahora bien, este beneficio resulta del trabajo por sí mismo y no de la autorización judicial: demostrado el beneficio ó utilidad del trabajo, se tiene ya derecho al reembolso de los gastos necesarios para efectuarlo.

Si alguno de los propietarios, á quienes los diques aprovechan, se opusiere á la ejecución de los trabajos de construcción ó reconstrucción, y afirmase no querer

contribuir á los gastos, no se libra con ello de la obligación que la ley le impone, á favor de quien ha ejecutado las obras útiles: en su virtud, una vez demostrado que la obra es útil para él, el constructor de ella tiene derecho á hacerle concurrir á los gastos, en proporción á los beneficios obtenidos. En efecto; la ley atiende á los intereses de la agricultura, cuando autoriza á un solo propietario á ejecutar las obras útiles á varios, concediéndole el derecho á reembolsarse de los gastos, en razón de los beneficios conseguidos por cada uno de los interesados. La opinión, pues, de alguno de los cointerésados no puede hacer que quede letra muerta, una disposición dictada por la ley, para garantizar intereses generales como los de la agricultura.

299. Supongamos que el propietario del predio lindante con la corriente de agua, se beneficia con los desbordamientos de las aguas; ¿estará en ese caso obligado á tolerar que los demás propietarios interesados construyan ó reconstruyan los diques ó recompongan las márgenes?

Creemos que, teniendo en cuenta el espíritu de la ley, la servidumbre se impone al predio lindante con la corriente de agua, sólo en cuanto la construcción de la obra es beneficiosa para el mismo predio sirviente. Así, pues, si este beneficio no resulta, y en cambio, en lugar de pérdida hubiera utilidad, el propietario del predio, no puede estar obligado á permitir que otro ejecute en el mismo obras que le sean útiles.

Es preciso, sin embargo, armonizar los intereses del propietario lindante con la corriente de agua, con los de los propietarios que están en segunda línea. Así, pues, si el propietario lindante puede anegar su predio con las aguas, no puede exigir que los propietarios de los predios contiguos reciban las sobrantes, pues fá-

ilmente se ve que las aguas, con las cuales se practica una inundación artificial, no pueden asimilarse á las que discurren naturalmente y las cuales los predios inferiores tienen la obligación de recibir. En su virtud, el propietario aquel, está obligado á construir por el lado de los predios contiguos diques tales que impidan á las aguas invadir y perjudicar á éstos.

Están los propietarios interesados obligados á concurrir á los gastos de semejantes construcciones ó reparaciones, pero nunca por más de lo que habrían gastado efectivamente, si aquéllas se hubieran ejecutado en la margen misma bañada por la corriente de agua.

Consideramos esta doctrina justificada por razones de equidad. En efecto; si los propietarios, para proteger sus predios, hubieran debido sufragar ciertos gastos, es justo que concurren, en el límite que éstos gastos supondrían de haberlos hecho, á efectuar los trabajos ejecutados por otro propietario, y que respecto de ellos producen el mismo resultado.

300. Los principios antes indicados se aplican, según el art. 538, al caso en que se trate de quitar un obstáculo que se hubiese producido en un predio, ó en un foso, río ó en cualquier margen con materias allí acumuladas, de suerte que á causa de él las aguas perjudiquen ó puedan perjudicar á los predios vecinos.

Si un movimiento de tierras hubiese interrumpido la corriente del agua, de suerte que el remanso produzca inundación en los predios superiores, ó bien resulta que el agua abre un nuevo curso á través de los predios situados más arriba de la obstrucción de la corriente del río ó arroyo, el propietario interesado podrá, llamando á contribuir á los demás

interesados, remover el obstáculo y depositar las materias extraídas del álveo en los predios frente á cuyas márgenes aquél se ha producido, salva la obligación de pagar la indemnización debida por los daños causados por semejante depósito.

301. El que tenga un manantial en su predio, dice el art. 540, puede usar de él como le plazca, salvo el derecho que hubiese adquirido el propietario del predio inferior en virtud de un título ó por prescripción.

El manantial no es más que una corriente de agua perenne. Poco importa si en algunos meses del año el agua disminuye y la fuente se agota; como en algunos meses del año el manantial fluya de continuo, basta para constituir una fuente.

Son dignas de atención las expresiones empleadas por el legislador cuando dice que el propietario del predio, en que existe un manantial, *puede usar* de éste como le plazca. Este uso de que habla el citado artículo, ¿es una función del derecho de propiedad?

Abarcando el derecho de propiedad cuanto existe sobre y debajo del suelo, no hay duda de que comprende el manantial cuyas aguas se contienen en las capas ó entrañas del predio. Pero la propiedad del manantial, ¿es lo mismo que la propiedad absoluta del agua?

He ahí el verdadero punto difícil de la cuestión.

El agua es un elemento que se mueve. Sólo nos pertenece mientras podemos dominarle teniéndole en nuestra posesión; si la posesión se termina, termina también la propiedad del agua. Mientras el agua de la fuente permanezca en mi poder, yo soy su verdadero y absoluto propietario, y dispongo de ella del modo que mejor me agrada; pero cuando el agua pasa de los límites de mi predio, no me pertenece y cesa en

mi el poder de disponer de ella. He ahí por qué el artículo 540 se expresa en el sentido de que el propietario *puede usar* á su placer de la fuente. Las palabras *puede usar*, sirven para indicar que el propietario del predio es propietario del agua mientras puede usar de ella, y que la propiedad cesa cuando este uso ya no sea posible, porque el agua se haya corrido al suelo que no pertenece ya al propietario de la fuente.

302. El libre uso que el propietario tiene de la fuente que mana en su predio, recibe, según el artículo 540, una limitación, cuando los poseedores de los predios inferiores hayan adquirido respecto de la misma un derecho, en virtud de título ó de prescripción. Pero además de esta limitación es preciso tener en cuenta otra que resulta del art. 578 así concebida: «Quien quiera aprovechar manantiales, establecer receptáculos para recoger las aguas de las fuentes, canales ó acueductos, ó profundizar ó ampliar su lecho, aumentar ó disminuir su pendiente, ó cambiar su forma, debe, además de tener en cuenta las distancias establecidas, observar las mayores, y ejecutar las obras que sean necesarias, para no perjudicar á los predios ajenos, ni á las fuentes, estanques y canales ó acueductos ya existentes y destinadas al riego ó á rodear los edificios.

»Si se suscitaren contiendas entre dos propietarios, la autoridad judicial armonizará de la manera más equitativa, los miramientos debidos á los derechos de propiedad, y los mayores beneficios que puedan originarse á la agricultura ó á la industria del uso á que el agua esté destinada ó se quiera destinar, asignando, cuando sea preciso, á uno ú otro propietario, la indemnización á que hubiere lugar.»

Al hablar de la propiedad, notábamos que se extien-

de ésta á cuanto existe encima y debajo del suelo que se posee, y que el propietario, según esto, puede ejecutar en su predio una excavación, sin que los propietarios inferiores tengan derecho á oponerse, si esta obra desvía las aguas que alimentan á las fuentes que se encuentren en sus predios. Si yo, pues, construyo en mi propiedad un pozo, y esta construcción hace que el pozo existente en el predio vecino quede sin agua, el propietario de ésta no puede obligarme á cegar mi pozo ó á pagarle una indemnización, porque al hacer yo mi pozo, me he limitado á ejercitar el derecho de propiedad que sobre el predio me corresponde.

Este principio, sin embargo, recibe una restricción en el art. 578, en consideración á los intereses de la agricultura y de la industria, que, en el concepto de generales, la ley quiere proteger. Así, según el artículo 578, el derecho ilimitado que todo propietario tiene de aprovechar los manantiales en su predio, se ha de armonizar según el prudente arbitrio del juez, con los intereses agrícolas é industriales de los predios vecinos.

Para que se aplique el artículo citado, es necesario el concurso de estas dos condiciones: la una, que los trabajos ejecutados por el propietario en su predio, se refieran al descubrimiento de las aguas ó á aumentar su cantidad; la otra, que en virtud de tales obras, reciban un perjuicio las aguas de los predios vecinos destinadas á usos agrícolas ó industriales.

Es preciso tener muy en cuenta el concurso de estas dos condiciones, para no dar al art. 578 una interpretación que no ha estado en el ánimo del legislador.

Y si el trabajo que yo hago en mi predio no se endereza al alumbramiento de aguas, sino que, v. gr., se trata de excavar el cimiento para hacer un edificio, no

puede aplicarse en ese caso el art. 578, y los propietarios vecinos no tienen respecto de mí ningún derecho, aun cuando mis trabajos hayan desviado las aguas que fluían á sus predios. Del propio modo, si excavo un pozo ó una fuente, y en virtud de este trabajo resultan disminuidas las aguas de un pozo vecino destinado á uso personal, no ha lugar á la limitación del artículo citado, porque no están en juego los intereses agrícolas ó industriales.

Cuando concurren las condiciones que exige el artículo citado, no se prohíbe en absoluto al propietario la construcción de las obras, si de éstas resultare inevitablemente una disminución de las aguas de los vecinos; sino que corresponde al magistrado armonizar, según su prudente arbitrio, los intereses opuestos, permitiendo los trabajos mediante la fijación de una compensación en favor de los vecinos, ó prohibiéndolos, pero fijando en este caso, la indemnización debida al propietario á quien la prohibición se refiere.

Por tanto, cuando en el predio inferior haya una fuente abierta ya, y el propietario del predio superior quiera hacer en el suyo otro tanto, no puede obrar libremente si su fuente perjudicase á la ya existente en el otro predio; este es el caso en que el juez está llamado, según el art. 578, á conciliar del modo más equitativo, los derechos de propiedad del uno, con los beneficios que puedan reportarse á la agricultura ó á la industria, por el uso á que el otro hubiese destinado las aguas.

«Y no se oponga contra semejante interpretación, dice el Tribunal Supremo de Palermo (1), que el artículo 578 no alude á las fuentes que se quieren abrir

---

(1) Decis. 8 Marzo 1879.

en el predio propio, sino á las que se ejecutan en el vecino para desviar el curso de las aguas ajenas en pro del predio propio; porque esta interpretación es contraria al texto y al espíritu del artículo citado, toda vez que sin eso, según los principios generales y las disposiciones legales particulares que regulan el derecho de propiedad, á nadie es lícito emprender trabajos ú obras enderezadas á usurpar las aguas que fluyen ó discurren por el predio vecino.»

303. Encuéntrase otra limitación al derecho de disponer del manantial que hay en el predio propio, en el derecho que sobre el mismo, pueden haber adquirido los vecinos, en virtud de un título. Pudiendo como puede el propietario usar del agua de aquél como le plazca, puede ceder este uso á los propietarios vecinos, toda vez que semejante cesión es una conveniencia legítima relativa al ejercicio de su derecho.

La cesión del uso del agua puede resultar tanto explícita como implícitamente del título. Si yo, por ejemplo, he vendido una industria alimentada por el agua que surge en el predio que me he reservado, implícitamente cedo el uso de aquélla, sin la cual la industria no puede ejercitarse; en su virtud, yo no podré hacer ningún trabajo que disminuya la cantidad del agua á que tiene derecho el que de mí ha adquirido la industria.

Por el contrario, si yo hubiese estipulado con mi vecino una servidumbre activa para el paso de agua, por virtud de la cual le obligo á recibir en su predio las aguas que á mí me sobran, éste no ha adquirido así ningún derecho sobre mi fuente, porque del mismo modo que un deber no puede convertirse en un derecho, una servidumbre pasiva no puede equivaler á una activa.

Más arriba hemos advertido que el derecho de disponer del agua que brota de nuestra fuente, cesa cuando corre fuera de nuestra propiedad. Suponiendo, pues, que mi agua discurre desde mi predio por el de Cayo, y del de éste pueda discurrir por el de Sempronio, que está más abajo, no puedo ceder su uso á este último, porque no puedo disponer del agua cuando ya no me pertenece. Para que en este caso fuese válida la cesión, sería preciso haber adquirido el derecho de conducir el agua por el predio de Cayo. Dada esta concesión de servidumbre, Sempronio podría adquirir válidamente ese derecho á mi agua; de no ser así, yo no puedo sino enajenarla en el punto en que sale de mi predio; pero si la dejo correr por el predio del vecino, éste usará de ella como le plazca mientras permanezca en su predio, y yo no puedo prohibirle semejante uso, á no ser consiguiendo que el agua discurra por otro punto.

El destino del padre de familia debe equipararse al título; así, pues, si yo poseo dos predios, superior el uno al otro, y en el primero existiese una fuente que, merced á obras visibles, empleo en regar el predio inferior, el adquirente de este último tiene el derecho de servirse de mi agua. Este derecho, sin embargo, es á título de servidumbre, no de propiedad, por quedar ésta como mía en concepto de poseedor del predio superior, y así puedo servirme del agua misma mientras esté en mi predio, para el uso que me parezca mejor, con la obligación tan sólo de dejar correr el sobrante por el predio inferior.

304. Se impone una tercer limitación al derecho de usar libremente de las aguas de una fuente, con la prescripción que se hubiese cumplido á favor de un tercero. La prescripción aquí, además de los caracte-

res comunes á toda prescripción de un derecho de servidumbre activa; que la posesión haya durado treinta años, y además de los caracteres comunes á toda clase de prescripción, á saber: que la posesión sea pública, pacífica, no interrumpida, y *animo domini*, pide el concurso de una condición especial, cual es la de que el propietario del predio inferior haya hecho obras visibles y permanentes en el predio superior, destinadas estas obras á facilitar el declive y el curso de las aguas por el predio propio, y que hayan servido para esto (art. 541).

Qué obras se reputan visibles y permanentes, ya lo hemos indicado en el capítulo en que hablamos de las servidumbres *aparentes* y *no aparentes*, y así, no hay para qué repetir aquí lo entonces dicho. Sólo advertiremos, por el interés que puede tener en la práctica, que la existencia de un simple paso de agua que el propietario del predio inferior ha limpiado y cuidado por más de treinta años, no puede considerarse como obra visible y permanente, y por ende válida para crear un derecho de prescripción á favor del propietario superior. «Porque, como observa el Tribunal de Apelación de Turín (1), la existencia de los canales ó surcos y su limpieza, prueban; es cierto, el uso de las aguas que por ellos discurran, pero estos hechos no son de tal naturaleza que sirvan para imprimir el sello de verdadera propiedad en ellos, ni para perjudicar á los propietarios de los terrenos dispensadores de las aguas, en los derechos que la ley les concede sobre las aguas que nacen en su propiedad, derechos que son imprescriptibles sin el concurso de aquellas condiciones, merced á las cuales se establecen las servidumbres de toma de agua á favor de terceros.» Por el contrario,

---

(1) Sent. 28 Dic. 1866. ( *La Giurisp.*, IV, 200.)

si en donde brote el agua se encuentra construida una arqueta, la llave de la cual retenga el propietario del predio inferior, quien la usa para conducir el agua á su propiedad, el hecho este es de tal naturaleza, que puede servir para originar la prescripción (1).

Si el propietario del predio inferior hubiera construido las obras en su terreno, no sirven para hacerle adquirir por prescripción, un derecho sobre las aguas provenientes del predio superior; es necesario que las obras se hayan ejecutado en el ajeno, esto es, en el predio superior de donde viene el agua. Así, si las obras han sido construidas por el propietario superior, no pueden ser origen de un derecho á favor del propietario inferior.

La condición de que el propietario del predio inferior debe haber construido las obras visibles y aparentes en el *predio superior* no se encuentra en el art. 642 del Código francés, correspondiente al art. 541 del Código civil italiano. ¿Qué razón es la que ha inducido al legislador patrio á exigir que las obras sean construidas por el propietario inferior en el predio superior?

No hay para qué buscar esta razón en los caracteres generales de las servidumbres. Al tratar en el capítulo anterior de las servidumbres aparentes, se ha visto que son tales, ya cuando las obras existan en el predio sirviente, ya cuando aquéllas se encuentren en el predio dominante; por lo que la adquisición de una servidumbre aparente, puede hacerse por prescripción

---

(1) V. Tribunal de Apel. de Turín, 31 Dic. 1867. (*La Giurispr.*, V, 123.) Se ha estimado también que la obra permanente y visible puede consistir en una piedra enclavada en el muro. Véase Sent. del Trib. Apel. de Turín, de 28 Marzo 1883. (*Rac.*, XXXV, II, 443.)

tanto en un caso como en el otro. Es preciso, pues, buscar la razón de la ley, en la índole especial de las servidumbres de que ahora hablamos.

Si el propietario inferior puede adquirir su derecho de servidumbre activa sobre las aguas del predio superior, no debe olvidarse que su predio está gravado por la servidumbre legal pasiva, de recibir las aguas que salen naturalmente del terreno que está más arriba. En presencia, pues, de una obra hecha por el propietario inferior en el suelo propio, ¿se considerará que la habrá hecho para hacer menos gravosa para su predio la servidumbre pasiva, facilitando el paso de las aguas, ó bien con la intención de adquirir su derecho sobre el agua ajena? Para eliminar semejante duda se ha estimado indispensable exigir, que las obras se ejecutasen en el predio superior, porque, no habiéndose efectuado *jure proprietatis*, son susceptibles para hacer suponer en el propietario superior que las ha tolerado, cuando podía hacerlas desaparecer, la aquiescencia en que se funda la prescripción.

La obra ejecutada debe encaminarse á facilitar el declive y el curso de las aguas en el predio propio. Lo cual quiere decir que el objeto de la obra debe ser el de conseguir efectivamente la toma de agua; de donde se infiere que si fuese hecha con otra intención, verbi gracia, para evitar ó suprimir un daño que la caída del agua causaba en el predio, no tiene los requisitos queridos por la ley, y no basta para establecer la prescripción.

El tiempo necesario para la prescripción no comienza á correr si no una vez la obra esté hecha, no basta comenzarla, y desde el momento en que la misma ha conseguido, en efecto, su objeto. Si, por ejemplo, la obra se hubiese ejecutado un año antes que el agua comen-

zase á discurrir, el tiempo para la prescripción no comienza á correr sino desde el día en que el agua ha pasado por lo hecho.

Es necesario que semejante paso sea continuo. Cuando hubiere interrupción no puede calcularse el tiempo transcurrido antes de la misma.

Construida desde tiempo atrás la obra y efectuado por la misma el paso no interrumpido de las aguas, por más de los treinta años, puede suscitarse cuestión sobre el autor de la obra misma. ¿Con qué criterio se resolverá la duda? Diremos que si la obra favorece al predio inferior, se presume hecho por el propietario de éste, y que, por lo tanto, corresponde al propietario del predio superior demostrar que la obra fué ejecutada por él ó por sus autores.

Semejante criterio no lo conceptuamos aceptable por la sencilla razón de que tal presunción no esté establecida en la ley, y, por lo tanto, no puede librar del peso de la prueba á quien con ella se escuda. Es preciso, pues, recurrir á otra presunción, según la cual se considera que nos pertenece todo aquello que hay en nuestra propiedad: por lo que, militando la presunción á favor del propietario del predio, en el cual la obra está construida, corresponde al propietario inferior, demostrar que él ó sus autores han hecho las repetidas construcciones.

305. Otra limitación, la cuarta, del derecho de usar libremente de las aguas de una fuente propia, es la establecida en el art. 542 á favor de los habitantes de un Municipio ó fracción del mismo, cuando el agua les sea necesaria. Semejante servidumbre consiste en prohibir al propietario de una fuente desviar su curso, y concede el derecho á una indemnización, cuando la servidumbre no se haya establecido en virtud de un titu-

lo, ó bien no se hubiese adquirido en virtud de prescripción.

El artículo que examinamos establece una servidumbre personal derogando el principio general, según el cual no se admiten servidumbres de este género. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? El legislador ha querido fijarse en la necesidad social. Si no se reconoce al individuo el derecho de imponer una servidumbre en el predio ajeno en su beneficio personal, el legislador no ha querido rechazar este derecho, cuando sirva de medio para satisfacer las necesidades de una comunidad, ó lo que es igual, una necesidad pública.

De esta razón ó fundamento de la servidumbre que examinamos, se derivan diversas consecuencias. En primer lugar, para que pueda establecerse es preciso alegar la necesidad, no de algunos individuos, ó de algunas familias, sino la de un municipio ó fracción del mismo. La ley no dice qué número de familias son precisas para componer una fracción, por lo que la solución de semejante controversia se deja á la apreciación y al prudente arbitrio del juez: el cual entonces estimará que puede considerarse fracción, en el sentido que la ley supone, á fin de reconocerle el derecho de que habla el art. 542, cuando la privación del agua á tales ó cuales individuos que componen una fracción dada, pueda estimarse, no como un daño de índole privada, sino como un mal de carácter público.

En segundo lugar, siendo como es la razón de la servidumbre la de satisfacer una necesidad pública, debe limitarse á la cantidad de agua precisa para las necesidades personales de la comunidad ó fracción de ella, y no puede ampliarse á las necesidades de la agricultura ó de la industria. Cierto es que el bienestar de la agricultura y de la industria constituye una

*utilidad social*, pero la servidumbre del art. 542 no se impone en vista de la *utilidad* sino de la *necesidad* (1).

¿Qué agua se considerará necesaria? ¿Únicamente la potable ó también la que sirve para los usos domésticos y para los animales? Es agua necesaria para los habitantes, no sólo la que éstos beben, sino también aquella de que se sirven para lavar y para dar á los animales de uso doméstico, por lo que, la disposición que examinamos, no puede limitarse sólo al agua necesaria para satisfacer la sed de los habitantes (2).

Por último, la necesidad que impide al propietario desviar el agua de su fuente, debe ser actual. Si suponemos, por vía de ejemplo, que el municipio necesita del agua en una estación dada, teniendo sobrantes en las demás estaciones, la servidumbre no podrá ejercitarse más que en la estación en que se sienta la necesidad; en las otras, el propietario podrá disponer libremente del agua como mejor le plazca.

La servidumbre, según lo que dice el art. 542, no puede imponerse más que con relación á un agua corriente por la superficie del suelo, toda vez que consiste en la prohibición impuesta al propietario de la fuente para desviar su curso. Por donde, si yo no tengo en mi predio una corriente de agua, sino un pozo ó un estanque, etc., no pueden los habitantes de un municipio pretender, en virtud del artículo citado, introducirse en mi predio, para recoger el agua necesaria para sus usos, tomándola del pozo ó estanque; todo ello en virtud del principio general, según el cual las

---

(1) Véase en este sentido Cas. Turín, 21 Diciembre de 1883. (*Racc.* XXXVI, I, 1.317.)

(2) Concuerdan Cas. Turín, 1.º Abril 1879. (*An.* XIV, I, 168); y Apelación Turín, 28 Marzo 1883. (*Racc.* XXXV, II, 443.)

servidumbres son de interpretación estricta, y en virtud de otro también general, en razón del cual no puede agravarse la condición del predio sirviente.

Por lo demás, cuando un municipio ó una fracción del mismo, tenga necesidad de agua, y no pueda procurársela á no ser tomándola de mi fuente, de mi pozo, de mi estanque, etc., podrá promoverse la expropiación por causa de utilidad pública, pero no procederá entonces la imposición de una servidumbre legal, que la ley no reconoce.

El propietario contra quien se pide la servidumbre, tiene derecho á una compensación, salvo si la servidumbre se encontrase establecida en virtud de un título ó por prescripción.

En el primer caso, el título es el que determina las relaciones entre el propietario del predio sirviente y aquéllas á favor de quienes la servidumbre se impone.

En el segundo caso, la idea de la compensación sería contraria al concepto de prescripción, que se funda en la disminución del derecho de propiedad por la aquiescencia tácita, deducida de la tolerancia del propietario mismo (1).

La indemnización, cuando á ella hubiese lugar, debe estar en relación con la limitación que se trata de imponer al derecho ajeno, y consiguientemente ha de fijarse en vista del daño que de hecho experimente el propietario. Por donde se infiere que si yo vendo mi agua á los propietarios inferiores por un tanto, v. gr., 1.000 pesetas anuales, tendré derecho, en el caso del art. 542, á recibir en compensación el pago de una suma que, capitalizada, me produzca las 1.000 pesetas anuales que recibía por la venta del agua.

---

(1) V. Cas. Turín, 21 Dic. 1883. (*Racc.* XXXVI, I, 1.317.)

306. En el art. 545 se registra una última limitación al derecho del propietario respecto de las aguas, y por la cualse prohíbe al poseedor de las aguas mismas; malgastarlas después de haberse servido de ellas, siempre que las aguas sobrantes puedan aprovechar, sin causar daño á los superiores que las usan, á otros prepos. Los propietarios de éstos están obligados, en ese caso, á pagar una indemnización equitativa al propietario del agua.

Esta servidumbre se encamina á limitar el derecho de *abuso* que corresponde al propietario sobre la cosa que le pertenece, y el motivo que la justifica, estriba en que las reglas del consorcio civil, exigen que cada cual debe permitir lo que es útil á los demás y á él no le perjudique.

Tres condiciones deben concurrir para que semejante servidumbre pueda ser ejercitada:

Primera. Que se trate de aguas sobrantes de los usos que de ellas haga ó pueda hacer el propietario.

Segunda. Que estas aguas, que constituyen el sobrante del predio superior, sean útiles ó aprovechen á quien las reclame.

Tercera. Que el uso que por el propietario inferior se haga de estas aguas, no redunde en perjuicio del propietario de las mismas.

Refiriéndome á la primera condición, es claro que limita el derecho de los propietarios inferiores á las aguas de que se sirve el propietario superior, y que le sobran después de atender á sus necesidades; no puede, pues, extenderse á buscar fuentes nacidas en el predio superior, porque, tratándose de la limitación impuesta al derecho de propiedad ajena, no puede darse á la ley una interpretación extensiva (1).

(1) Cas. Ap. Catania, 9 Set. 1881. (*Racc.* XXXIII II, 554.)

De esta primer condición se infiere, que la existencia de la servidumbre en que nos ocupamos, no es absoluta, sino que está subordinada al hecho de que el propietario no use de las aguas, que por los poseedores de otros predios se reclaman por ser beneficiosas para ellos. Si hoy yo no uso de una determinada cantidad de agua de que soy poseedor, podré ser obligado á no malgastarla si otros pueden aprovecharla. Pero si mañana adquiero yo otro predio ó construyo una fábrica, conservo el derecho de emplear mi agua tanto en el riego de mi fundo, como para mover mi fábrica, sin que el vecino que la hubiese aprovechado, aunque sea por un espacio de tiempo mayor de treinta años, pueda oponerse haciendo valer un derecho adquirido sobre mi agua. Porque estando su derecho subordinado al abuso que yo haga del agua separándola de su curso, deja de existir desde el momento en que yo comienzo á hacer uso de ella.

Para poder impedirme el propietario inferior emplear mi agua en este nuevo uso, debería aducir un derecho adquirido sobre el agua misma en virtud de un título ó por prescripción, en el caso de que existan obras permanentes enderezadas á limitar el uso de mi agua, haciéndola discurrir en beneficio del predio inferior, pero no el derecho que se deriva del art. 545.

No solamente podré destinar á mi nuevo uso el agua que antes discurría por el predio del vecino, en defecto de un destino para mi determinado uso, sino que podré venderla á otro propietario, distinto de aquel que la aprovecha en virtud de la caída natural de la misma, porque esta venta constituye un modo de usar de mi propiedad. Y no verificándose abuso alguno por mi parte, cesa el derecho de quien antes gozaba de él, en consideración al abuso mismo. Sería distinto el caso en

que no se tratase de una venta seria que me produjese una utilidad, sino de una venta hecha con el objeto de perjudicar á los poseedores de los predios, que pudieran gozar del agua sobrante de mi predio.

Siendo preciso que el agua que me sobre aproveche al predio vecino, para que el propietario de él pueda pedírmela, no puedo ser obligado á darla, y por consiguiente, puedo ejercitar plenamente mi derecho de abuso, cuando quien reclama no obtiene beneficio, sino simple recreo, haciéndole, v. gr., servir para alimentar un lago ó procurarse frescura. La palabra *aprovechar* (*profittare*) empleada por la ley, se interpreta aquí estrictamente, porque son de interpretación estricta todas las disposiciones legales relativas á las servidumbres.

Por otro lado, si el legislador ha creído conveniente privar al propietario del derecho de abusar de su cosa en vista de la utilidad que de ésta pueda derivarse para la agricultura ó para la industria, semejante motivo no concurre cuando el vecino quiera servirse de mi agua para satisfacer tan solo su interés personal.

Por último, la servidumbre impuesta por el artículo que examinamos, no puede interpretarse resolviéndola en contra del propietario del agua. En su virtud, si yo tengo una fábrica movida por mi agua, el propietario inferior no puede exigir que le ceda el sobrante de la misma, si quiere servirse de ella para mover una fábrica semejante á la mía, y ejercitar por tal modo una concurrencia que puede serme perjudicial.

La esencia de esta servidumbre, consiste en impedir al propietario malgastar las aguas que no le sirven y que aprovechan á otros: parece, pues, que si las aguas corriesen desde tiempo atrás, de suerte que fuesen á un río ó arroyo, el poseedor del predio vecino no po-

drá exigir que yo de á la salida ó desagüe de mis aguas un curso distinto, á fin de hacerlas fluir á su propiedad: sin embargo, creemos preferible la doctrina contraria. Porque la corriente del agua sobrante que va á desguar á otra corriente de agua pública ó privada, en cuanto puede aprovechar á los predios inferiores, constituye por sí una dispersión ó derivación de agua, que aquellos á quienes aprovecha pueden prohibir, aunque la dispersión se verifique desde hace tiempo. La prescripción, en efecto, no podría deducirse contra el reclamante, porque al pedir el agua, hace uso de una facultad, que es imprescriptible, salvo el caso en que hubiera actos ó hechos permanentes los cuales impliquen la prohibición de ejercitarla.

En el caso que examinamos, el poseedor del predio á quien el agua aprovecha, no puede exigir que el propietario de ésta, la conduzca hasta el punto en que los dos predios se tocan, pero tiene el derecho de pedir, en virtud del art. 598, el paso para el agua á que tiene derecho, y establecer así una servidumbre de acueducto. En cuanto á la indemnización que aquel que aprovecha el agua está obligado á dar al propietario de la misma, la ley no procura criterio alguno para determinarla, por lo que corresponderá al juez fijarlo según su prudente arbitrio. Sólo advertiremos, que si falta en el caso de que se trate del daño que al propietario del agua puede originarse por efecto de la servidumbre, toda vez que ésta no se establece más que sobre la cantidad de agua de que no puede usar, la indemnización no puede valuarse por el juez con criterio distinto, del que puede proporcionar, la consideración de lo que supone la utilidad ó ventaja que se procura á quien reclame el agua.

307. El art. 543 regula el derecho de los propieta-

rios de los predios que lindan con una corriente de agua, ó que ésta atraviesa, para servirse de dicha agua destinándola á usos agrícolas é industriales. Este derecho, sin embargo, no se concede respecto de cualquier corriente de agua, sino respecto de algunas tan sólo: por lo cual es necesario ver, ante todo, qué corrientes de agua no se comprenden en el artículo citado.

Se excluyen, en primer lugar, los ríos y arroyos, cuyas aguas, según hemos advertido en el título relativo á la clasificación de los bienes, pertenecen al dominio público. La autoridad administrativa, por lo demás, puede, una vez observadas las prescripciones legales, conceder á los particulares el permiso para derivar ó tomar dichas aguas, para el riego ó para mover máquinas. Esta concesión es por su naturaleza revocable, porque las aguas de ríos y arroyos son de uso público; por lo cual la concesión está siempre subordinada á la condición de que el interés público no exija otra cosa (1).

Una vez concedido á cualquiera el derecho de tomar el agua de un río, para conducirla á través de su propiedad, el concesionario dispone exclusivamente de ella, á partir del punto en que el agua penetra en su propiedad, ó en el artefacto construido al efecto, hasta aquel en que el sobrante se restituya al río ó arroyo del cual procede. De donde se infiere, que si yo he adquirido el derecho de tomar agua de dominio público, para mover el molino, y desde el desagüe de éste introduzco el agua en otro canal para conducirla á otro predio mío, los terceros no pueden servirse para sus usos del agua en el trayecto por el que la

---

(1) Consúltese Cas. Turín, 29 Mayo 1866. (*An. I*, 64); Ap. Ancona, 7 Feb. 1880. (*Racc. XXXII*, I, 2, 525.)

misma corre, desde el desagüe del molino al otro predio mío (1).

En segundo lugar, no se comprenden las aguas, aunque no sean de dominio público, sobre las cuales otras hayan adquirido un derecho. La adquisición de semejante derecho, puede efectuarse mediante título ó en virtud de prescripción. El propietario superior, por ejemplo, puede ceder al inferior el derecho que tiene de servirse del agua mientras corre, y en ese caso es evidente que no puede disponer de lo que ha cedido á otros. La prescripción no puede alegarse si no hay obras visibles y permanentes, que tengan por fin asegurar el uso exclusivo de las aguas, á quien las ha construido.

Si el propietario inferior hubiese construido más arriba de su propiedad, una valla para servirse de las aguas con el objeto de mover un molino suyo, una vez transcurridos treinta años, puede impedir á los propietarios ribereños de la corriente de agua. en el punto en que esté aquélla, servirse de las mismas, aduciendo la prescripción. Esta, sin embargo, no podrá aducirse contra los propietarios, cuyos predios se encuentran más arriba de la obra construida, porque la obra misma no puede tener por objeto privarles del uso de las aguas. Admitiendo, además, que el propietario superior á la valla, no se haya servido de las aguas por más de treinta años, en ese caso no es alegable la prescripción, porque, como advierte el Trib. de Cas. de Palermo (2), la facultad de servirse del agua mientras corre, por aquellas personas cuya propiedad

---

(1) Cons. Cas. Turín, 2 Dic. 1869. (*An.* III, 1.301.)

(2) Decis. 9 Ab. 1867. (*An.* I, 1.297.) En el mismo sentido V. Cas. Turín, 13 Jun. 1874. (*An.* VIII, 1. 277.)

linda con una corriente de agua, es por sí misma imprescriptible por el no uso, por ser ilimitada, dependiendo únicamente de su arbitrio como cualquier otro derecho facultativo. En nuestro concepto, la prescripción sólo puede alegarse contra el propietario superior á la fábrica, cuando se le hubiera impedido servirse del agua, al querer hacer uso de su facultad.

En esta hipótesis, si el propietario superior hubiese tolerado un acto positivo de prohibición, por un espacio de más de treinta años, puede estimarse que tal hecho vale por la aquiescencia tácita en que se basa la prescripción.

Por último, se excluyen las aguas que discurran mediante obras especiales. Esta clase de obras es indicio de que otro ha adquirido un derecho sobre las aguas, por donde semejante exclusión, puede estimarse virtualmente comprendida en la segunda de que acabamos de hablar. En efecto; ó la obra se ha construido en virtud de un título, y en ese caso el derecho se deriva del título mismo, ó bien falta el título, y en tal supuesto, los propietarios que podían pedir la demolición de la obra y no la han pedido, pueden ser rechazados aduciendo contra ellos la prescripción.

Para que la obra de que se trata, pueda atribuir un derecho exclusivo sobre el agua á quien la hubiere hecho, no debe encaminarse sólo á facilitar el curso del agua, sino que debe además proponerse el fin de destinar el agua que recoja, al beneficio exclusivo de quien realice dicha obra; porque sólo en este caso la obra puede, á falta de título, autorizar al constructor para alegar en su favor la prescripción. No es, sin embargo, necesario que la obra exista á lo largo de todo el curso del agua, tal cual se comprende entre el principio de éste y el lugar á donde el agua se con-

duzca. Si yo, por ejemplo, he construido más arriba de un predio una presa, para tomar y desviar luego el agua de su curso natural, y á partir de ella, el agua corre naturalmente hasta mi fábrica, basta esto para que la corriente de agua se considere artificial, y en su virtud se prohíbe á los poseedores de los fundos intermedios servirse del agua misma. «Porque advertia ya el Tribunal de Casación de Milán (1), como todo efecto se sustancia siempre en su causa eficiente, nadie discutirá que una corriente producida y determinada por una desviación artificial, no conserva para toda su extensión la naturaleza y el carácter de artificial, aunque acaso atraviere por terrenos que en virtud de su estructura favorezcan naturalmente su paso hacia adelante.»

El agua de lluvia ¿puede considerarse fuera de la disposición del art. 543? El agua de lluvia no es *res nullius*, sino que pertenece, por derecho de accesión, al propietario del predio en que cae. En su virtud, dicha agua se considera dentro de los límites del predio en el cual cae, y el propietario del mismo puede disponer de ella libremente. Pero cuando sale del predio ó se recoge ó marche por un foso ó canal, entonces, al igual que la de cualquier otro río ó arroyo, está regulada por el artículo que comentamos.

308. Las aguas que no son de dominio público, y de las cuales los propietarios ribereños pueden servirse, según lo dispuesto en el art. 543, para regar ó para mover artefactos ó fábricas pertenecen, sin duda, en propiedad á los mismos, porque es de su propiedad el álveo por el cual discurren y las márgenes que las contienen. Pero este derecho de propiedad, ¿debe en-

---

(1) Sent. 26 Feb. 1862. (*Racc.* XLV, 1, 240.)

tenderse en el sentido de que los ribereños tengan un derecho indiviso de copropiedad de toda la masa de agua que corre de la fuente del río hasta su desembocadura?

Esta doctrina, que no deja de tener autorizados mantenedores (1), no nos parece aceptable. Si, en efecto, el agua que corre por mi propiedad me pertenece por accesión, á menos que por razones de interés público no se declare de dominio público, ¿cómo puede tener sobre la misma un derecho de copropiedad quien no puede hacer valer sobre mi predio semejante derecho de copropiedad?

El modo mismo, con el cual un arroyo se forma, nos convence de la inexactitud de la teoría que combatimos. Es necesario suponer una ó más fuentes, de las cuales se origina el río. Ahora bien; el agua de una fuente pertenece de una manera exclusiva al propietario del predio en que brota, el cual usa de ella á su placer, y pierde la propiedad de la misma cuando sale de los límites del predio. En cuanto discurra fuera de los límites de éste, comienza á pertenecer á un tercero y así pasa á los demás. Y así como el propietario superior no conserva ya ningún derecho sobre el agua luego que ésta ha comenzado á discurrir por los predios inferiores, así los propietarios de éstos no pueden tener derecho alguno sobre el agua, mientras ésta esté contenida en los predios superiores.

De donde se infiere que, de las disposiciones del artículo 543, algunas se refieren al ejercicio del derecho de propiedad, y otras al ejercicio del derecho de servidumbre.

Al servirse los ribereños propietarios del agua mien-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Delle serv. legali*, n. 121 y sig.

tras corre para el riego del predio ó para el ejercicio de la industria, ejercitan el derecho de propiedad que les corresponde sobre las aguas mientras discurren por su álveo y están contenidas por sus márgenes. Por el contrario, el propietario ribereño inferior ejercita respecto del superior, la servidumbre consistente en exigir que éste no malgaste el agua, después de haberse servido de ella, sino que restituya la sobrante al curso ordinario.

309. Apoyándose en estos principios, se determinan los derechos en las relaciones entre el propietario ribereño superior y el propietario inferior.

El Tribunal de Apelación de Lucca dice lo siguiente á este propósito: «El derecho que tiene el ribereño de usar el agua corriente para el riego de sus tierras, no es un derecho absoluto y privativo, sino un derecho modificable é indiviso, y común con todos aquellos que posean bienes lindantes, y, por lo tanto, debe considerarse con los derechos iguales que tienen, no sólo los ribereños de la otra margen, sino los inferiores: de suerte, que si el volumen del agua que fluye y que forma una pertenencia accesoria de los predios lindantes, no basta para satisfacer las necesidades de todos, no puede el frontista superior desviarla totalmente en su provecho, sino que debe pedir una ordenación ó reglamentación á los magistrados, los cuales, en virtud del poder moderador y discrecional que la ley les confiere, tienen la misión de resolver estas contiendas *ex bono et equo*, teniendo en cuenta las necesidades, no tanto de la agricultura, como de las industrias hidráulicas, atribuyendo á cada cual su parte legítima, en razón del fin á que las aguas están destinadas, y según sea su producción útil, ó de puro recreo, é imponiendo á ambas partes, según las circunstancias, concesiones recípro-

cas, que vengan á establecer el equilibrio de los intereses en lucha» (1).

Este modo de determinar los derechos entre los propietarios ribereños superiores é inferiores, que se armoniza con la teoría de la copropiedad del curso de agua—río ó arroyo—común á todos los que tienen sus predios lindantes con él, no está conforme con la doctrina por nosotros defendida y con el texto de la ley.

El propietario ribereño superior, en efecto, se sirve del agua que corre en virtud del derecho de propiedad que sobre la misma le compete. La servidumbre á favor del inferior, se impone tan sólo por el art. 543, sobre la salida, pues el propietario superior está obligado á devolver el agua á la salida del predio á su curso ordinario: siendo esto así, ¿cómo puede tal servidumbre extenderse hasta el punto de privar al propietario superior de las aguas mismas que pueda emplear útilmente? De entre los propietarios, pues, que lindan con una corriente de agua, el primero que tiene derecho á usarla es el más cercano de la fuente, y le siguen progresivamente los demás propietarios inferiores hasta el último más cercano á la desembocadura; por lo que la deficiencia del agua no debe soportarse por todos, haciendo así ilusorio el beneficio del riego ó el de quien posee una industria, sino exclusivamente por el propietario inferior (2).

El poder discrecional concedido por el art. 544 al magistrado, en el caso de contienda entre varios propietarios á quienes el agua puede ser útil, si se aplica, como veremos, al determinar los derechos de los dos propietarios ribereños, que tienen á un mismo

---

(1) Sent. 30 Jul. 1867. (*An. I*, 2, 498.)

(2) V. en este sentido Cas. Turfn, 4 Set. 1867. (*An. II*, 1, 214); Trib. Apel. Turfn, 10 Mayo 1867. (*Id. I*, 423.)

tiempo el derecho de servirse de las aguas, no se aplica, de ordinario, en las relaciones entre el propietario superior y el inferior, porque semejantes relaciones están determinadas, de un lado, por el derecho de propiedad, que corresponde sobre las aguas al propietario ribereño superior y de otro, por el derecho de servidumbre impuesto á beneficio del inferior.

Por vía de excepción, sin embargo, puede recurrirse á semejante poder en los dos casos siguientes. Supongamos, que el propietario superior adopte un sistema de riego, que, sin procurarle ninguna mayor utilidad, produzca una dispersión del agua á costa de los predios inferiores. En este supuesto, el magistrado podrá ordenar otro sistema de riego que, sin privar de utilidad alguna al propietario superior, no resulte dañoso para el inferior.

El artículo que examinamos concede al propietario ribereño superior, con preferencia al inferior, el derecho de servirse del agua corriente para regar sus predios y para ejercitar sus industrias. Si, pues, puede servirse del agua con un fin utilitario, mucho mejor puede usar de ella para satisfacer las necesidades tales como los usos domésticos, abrevar animales, etc. Pero ¿podrá servirse también de las aguas con un puro fin de recreo? Es verdad que el propietario superior hace uso de las aguas ejercitando un derecho de propiedad, pero también lo es que el ejercicio de este derecho, esta evidentemente limitado por el art. 543, en atención á las exigencias agrícolas é industriales que la sociedad tiene interés en ver satisfechas. De donde resulta, que si el servirse del agua por puro recreo, implica la privación á los propietarios inferiores de la parte de los beneficios que el agua podría acarrear á sus predios ó á sus industrias, el propietario ribereño superior no podrá

emplear el agua en semejante uso: si tal uso fuese conciliable con la ausencia de daño, para los propietarios inferiores, no debe prohibirse, y se podrá acudir al juez en tal caso, para establecer el modo según el cual, el ejercicio del derecho de propiedad sobre el agua correspondiente al superior, no cause daño, cuando se hace por puro recreo, á los propietarios inferiores.

Aun cuando en el artículo que examinamos se lea que los propietarios de predios atravesados por el agua corriente, pueden hacer uso de ella para el riego de éstos ó para el ejercicio de las industrias, sin embargo, la partícula ó no debe entenderse en un sentido de disyuntiva, sino conjuntivamente, porque servirse del agua para regar ó para mover artefactos, constituye en uno y otro caso, un ejercicio del derecho de propiedad, ejercicio que puede ser simultáneo, por no haber disposición legal que lo prohíba.

310. ¿De qué manera deben determinarse los derechos á usar del agua corriente en las relaciones entre dos propietarios ribereños? Si sólo se debiera tener en cuenta el derecho de propiedad, perteneciendo el agua en porciones iguales á los dos, por extender cada uno sus límites hasta la línea media de la corriente, no podrá ninguno de ellos usufructuarla, á no ser tomando cada uno una mitad.

Pero no es este el sentido del art. 543. Porque no se endereza éste á ampliar el derecho de propiedad, sino á restringirlo en interés de la agricultura y de la industria. La ley quiere que ambos propietarios de un lado y de otro usen el agua para regar ó para un fin industrial: el límite, pues, de este derecho no está en la propiedad, sino en la exigencia de la agricultura ó de la industria en cuyo beneficio se aplica el agua. Supongamos que uno de los propietarios tenga un pre-

dio más extenso, ó que en él haya una fábrica, mientras el otro sólo tiene un pequeño espacio de terreno que regar. Si concedemos á los dos propietarios el derecho de dividir entre sí exactamente por mitad el agua corriente, será esto insuficiente para uno de ellos y excesivo para el otro, con manifiesto perjuicio de los intereses agrícolas é industriales. Es, pues, necesario que el uso entre ambos, sea regulado atendiendo á la extensión de los predios regables, ó á los establecimientos industriales en los mismos existentes.

Y tal es precisamente el caso para la aplicación del poder discrecional concedido por el art. 544 al magistrado, y según el cual resolverá la contienda surgido entre varios propietarios, á quienes el agua pueda ser útil, conciliando los intereses de la agricultura y de la industria con los respetos debidos á la propiedad; por lo que el juez, teniendo en cuenta todas las cosas, determinará si los dos propietarios lindantes con el agua corriente, deben gozar de ésta por mitad cada uno, ó bien si debe el uno aprovecharse de un tercio, ó de un cuarto, etc., y el otro del resto. También corresponderá al magistrado determinar, en caso de contienda entre los propietarios de que hablamos, el modo según el cual deben ejercitar la toma de agua, para que el uno no perjudique al otro. Si la masa de agua no se prestase á una cómoda división entre los dos propietarios, el juez puede determinar que el uno use de ella por un número dado de días de la semana ó de horas al día, y el otro durante el resto.

311. Para tener derecho á tomar el agua del curso natural es necesario ser ribereño, es decir, poseer un predio cuyo límite extremo esté bañado por la corriente. *¿Quid juris* en el caso de que entre el predio y el agua haya un camino público?

En este caso, la parte de álveo y la ribera que linda con el camino público son de dominio público, como el camino; el propietario, pues, que tiene su predio del otro lado del camino no es en manera alguna propietario del agua, porque no le pertenece el álveo por donde ésta discurre. Y como el derecho de servirse del agua para riego ó para mover una máquina, no es más que una consecuencia del derecho de propiedad sobre la misma, realmente quien no tiene la propiedad del agua no puede usarla.

Pero supongamos que el camino se construye se cuando el propietario lindante con el agua, ejercitaba su derecho sobre las aguas que corrían por su propiedad, ¿puede éste en ese caso reservarse el derecho de conducir el agua á través del camino público para regar su predio contiguo á este, ó para mover la máquina allí existente?

No vacilamos en responder que sí.

La expropiación por causa de utilidad pública no es más que una enajenación como cualquier otra. Ahora bien; si el propietario que enajena una parte de su predio, tiene derecho de regarlo con el agua que corre por los linderos del mismo, ¿no puede, por ventura, reservarse semejante derecho con relación á la porción del predio que conserva? Ni puede resultar de semejante reserva perjuicio para el derecho de los otros ribereños inferiores, porque las cosas quedan como estaban antes: más bien, si se rechazase la posibilidad de semejante reserva, esto constituiría un verdadero perjuicio en daño del propietario superior, resultando aquélla toda en provecho de los inferiores, los cuales, al ejercer el derecho de riego, no son preferidos, sino pospuestos á los superiores.

El mismo principio es aplicable en el caso en que el

predio, en virtud de división ó por efecto de venta, corresponda á varios propietarios. En tal supuesto, quien adquiera la parte del predio posterior á la variada por el agua puede reservarse el derecho de usar del agua, ya sea para regar, ya para mover sus máquinas.

311 bis. Si el propietario contiguo al agua, en virtud de la situación de los lugares, no puede servirse del agua mientras corre ante su propiedad, no tiene ciertamente el derecho de tomarla del predio superior al suyo, porque la ley no le concede semejante servidumbre. Pero si el propietario superior consiente que el agua se tome desde su predio, ¿tienen los propietarios inferiores derecho á impedir semejante derivación del agua? El Tribunal de Casación de Turin (1) ha sostenido la afirmativa porque, á su juicio, el modo con que está concebido el art. 543 y la índole del derecho que el mismo protege, no consientan una más amplia inteligencia, toda vez que la participación en el goce de esta categoría de aguas, no puede ser mayor y distinta de lo que la ley ha querido conceder, en el contraste que existe entre el interés público y el privado; por lo que la interpretación estricta y rigurosa se compagina mejor con las condiciones de este caso, que no la amplia y comprensiva.

Por nuestra parte sostenemos una opinión contraria, habida cuenta los principios antes expuestos (2).

El fin del legislador, al redactar el art. 543, no ha sido atribuir á los propietarios ribereños, un derecho limitado y subordinado á condiciones, en lo que toca al uso del agua corriente, sino, más bien, el de regular el

---

(1) Sent. 13 Jul. 1882.

(2) V. n. 308 y 309.

ejercicio del derecho de propiedad sobre el agua misma, que tiene su fundamento en los principios de la razón, de modo que la agricultura y la industria no sean perjudicadas, sino beneficiadas. Y las limitaciones que la ley pone en el art. 543 al ejercicio de tal derecho son dos: la una, que el uso del agua debe ser efectuado en provecho de la agricultura ó de la industria, no con un puro objeto de placer; la otra, que el propietario del predio superior, el cual se sirve del agua mientras corre costeando el predio propio, no pueda dispersarla después de haberle aprovechado, sino que debe restituir el sobrante al curso ordinario en el desagüe: y esto con el objeto de beneficiar al propietario del predio inferior.

Salvo estas dos limitaciones impuestas por la ley, ninguna otra limitación puede imponer el intérprete al ejercicio del derecho de propiedad, que, sobre el agua privada, corresponde á los propietarios de los predios situados á las márgenes de corrientes de agua. Ahora bien; si el dueño de uno de estos predios puede en virtud del derecho de propiedad servirse del agua mientras corre, siempre que lo haga en interés de la agricultura ó de una industria y restituya el sobrante al curso ordinario, ¿por qué no podrá servirse de ella, respetando estas limitaciones puestas por la ley, mediante obras construidas en el predio de otro predio superior?

Porque, dice el Tribunal de Casación de Turin en la sentencia citada, el art. 543 quiere que el propietario se sirva del agua mientras pase por su predio, lo que excluye que semejante uso pueda hacerse por medio de obras ejecutadas en el predio ajeno. No creemos que del texto de la ley deba deducirse semejante consecuencia. En efecto; el uso del agua,

cuando pasa ó corre, ¿es acaso incompatible con el uso del agua misma hecho por medio de obras ejecutadas con este objeto? Quien de esta manera se sirva del agua, ¿no se sirve quizá mientras corre ó pasa? Sería preciso encontrar en la ley la prohibición de servirse del agua mediante artefactos, y tal prohibición no se encuentra; muy al contrario. Al afirmar el legislador que los propietarios pueden servirse del agua mientras corra por sus predios, no ha querido que el uso haya de efectuarse naturalmente y sin el auxilio de obra alguna, sino que, ha querido consignar el principio de que la propiedad del agua, y consiguientemente el derecho de usar de ella, cesa cuando el agua ya no pasa por nuestro predio, y entra por el de otro.

312. El derecho que el propietario tiene de servirse del agua que corre por su finca, ¿está limitado al predio que el agua toca, ó bien se extiende á otros predios no contiguos con ella, sino separados por un camino público ó por otros predios intermedios?

Partiendo del principio de que el ribereño, al usar del agua corriente, se limita á ejercitar su derecho de propiedad sobre la misma, es evidente que puede extender el beneficio del riego á todos sus predios, salvo la servidumbre establecida á favor del propietario inferior. Por otro lado, el fin del legislador al dictar el art. 543 ha sido el de atender á los intereses de la agricultura y de la industria, prefiriendo el propietario superior al inferior. Por tanto, pues, mientras el agua no se disperse ó pierda en daño de la agricultura y de la industria, y se usufructúe por el propietario superior, basta para que el fin de la ley se deba considerar cumplido. Y no puede decirse que al propietario inferior se le causa un daño, porque el ejercicio de

su derecho está subordinado al del propietario superior, y no puede, por tanto, exigir nada, salvo en el caso de que el agua se pierda y no se lleve al desagüe que la restituya al curso ordinario.

El texto del artículo que examinamos nos confirma más y más en esta opinión. Se lee, en efecto, en él que el propietario de *un predio* que linda con una corriente de agua, puede hacer uso de ella para el riego de *sus predios*. Ahora bien; si el legislador hubiera querido limitar el derecho de servirse del agua sólo *al predio* que linda con el agua, no habría hablado *de predios*, sino que hubiera dicho, que el propietario puede hacer uso de ella para regar *su predio*. Así, pues, la expresión *sus predios* no se refiere al que linda con el agua sólo, porque el plural no puede referirse á una unidad, sino que debe comprender, cualquier otro predio que pertenezca al propietario que linda con el agua.

313. Se impone al propietario superior, en beneficio del inferior, la servidumbre de no desperdiciar ó dispersar los sobrantes del agua, sino que debe restituirlos al curso ordinario. ¿Qué ocurriría en el caso en que el predio ó predios que deben regarse tengan un nivel inferior del álveo de suerte que sea imposible volver al mismo los sobrantes?

Nadie puede ser obligado á lo imposible, y así, cuando la ley obliga á quien se sirve de las aguas á restituir los sobrantes al curso ordinario, supone, naturalmente, que esto es posible. Si la posibilidad no existe, la servidumbre desaparece, porque no se puede exigir que por respetos á ésta, se anule el derecho de propiedad.

En rigor, si se da el caso que suponemos, no hay otro remedio que, ó bien impedir al propietario que no puede restituir los sobrantes á su curso ordinario ser-

virse de las aguas, ó bien privar al propietario inferior de semejantes sobrantes.

Si nos decidimos por la solución primera, se sacrifica el derecho de propiedad á la existencia de una servidumbre, y se cae en el absurdo de hacer imperar ésta, que es de estricta interpretación, sobre el derecho mismo de propiedad.

Puede, sin embargo, darse el caso en que sea posible armonizar los derechos del propietario inferior con los del superior. Suponiendo, en efecto, que la masa de agua corriente exceda de las necesidades de los predios del propietario superior, el magistrado podrá establecer que éste, no pueda tomar más que la cantidad necesaria para el uso á que se destina, dejando que el sobrante, antes de que se pierda inútilmente, se aproveche en beneficio de los predios inferiores.

Supuesto que el propietario ribereño no sólo tiene derecho á servirse del agua con respecto al predio que linda con ella, sino para los demás predios que le pertenezcan aunque estén separados de aquél, nuestra doctrina se aplica, tanto en el caso en que no sea posible restituir el sobrante del predio lindante con el agua, como en el de que no puedan restituirse los sobrantes de los otros predios.

Supóngase, pues, que sirviéndose del agua en beneficio sólo del predio que linda con su curso sea posible restituir los sobrantes, y que tal restitución sea imposible cuando el agua se haya llevado á otros predios; en este caso los propietarios inferiores no pueden impedir al propietario superior regar los demás predios, separados del que linda con el agua, porque el derecho del propietario superior á servirse de las aguas corrientes es siempre el mismo, ya el uso del

agua se limite á un solo predio, ya se extienda aquél á varios. Por otro lado, si el derecho del propietario inferior se refiere á los sobrantes del propietario superior, la existencia de tal derecho está necesariamente subordinada á la condición de que haya tales sobrantes, y de que éstos puedan hacerse fluir en beneficio de los predios que le pertenecen.

314. ¿Puede uno de los propietarios lindantes con el agua ceder á otro el derecho que le corresponde sobre el agua corriente?

No hay duda: porque el derecho de servirse de las aguas se deriva del derecho de propiedad sobre las mismas, y todo lo que en propiedad se tiene es enajenable. Adviértase, sin embargo, que el propietario, como cualquier otro propietario enajenante, no puede transferir al cesionario un derecho mayor del que realmente tiene. Por lo cual, si el propietario que linda con el agua se sirve de ella para regar el predio, no puede ceder la cantidad que le sobra á un propietario vecino, porque no puede disponer de los sobrantes que, según la ley, pertenecen á los propietarios inferiores.

Del propio modo, si el ribereño tuviese un predio regable de diez hectáreas, no puede ceder al vecino una cantidad de agua suficiente para regar veinte hectáreas, porque su derecho se limita á la cantidad puramente necesaria para sus usos y nada más. Sin embargo, el propietario que puede disponer del agua para regar, puede cederla para mover una máquina, á condición, claro es, de que la cantidad cedida no supere á la de que puede disponer: porque, en otro caso, se perjudicaría á los propietarios inferiores, que por la ley tienen el derecho de disponer, de las aguas que excedan de las necesidades del propietario superior.

Si el terreno lindante, ya sea por el género de cul-

tivo á que esté destinado, ya por el uso á que se dedica, no exige el riego, no por esto el propietario del mismo está privado de los derechos que le corresponden sobre el agua, y puede, no sólo usar de ella para los usos domésticos y para dar de beber á los animales, sino ceder á otros la cantidad de agua de que podría disponer, si hubiera de regar su terreno.

315. Si el predio pertenece al mismo propietario, tanto de un lado como del otro del río, de suerte que éste atravesase en algunos puntos de su curso un solo predio, el propietario del mismo tiene sobre el agua corriente mayores derechos que los que corresponden al propietario de una sola orilla. «Aquel cuyo predio, dice el art. 543, sea atravesado por el agua, puede usar de ella mientras por él corre, pero con la obligación de restituirla al curso ordinario en cuanto salga de sus terrenos.»

El uso que puede hacer el propietario del agua que atravesase en su curso el predio, se extiende á toda la masa de que se compone la corriente, porque corriendo toda por su propiedad, toda le pertenece.

Pero no es esta la única diferencia que distingue los derechos del propietario de una sola orilla, de los del que lo es de ambas.

Es preciso advertir también, la notable diferencia entre las expresiones empleadas por el legislador en las dos partes del artículo que comentamos. En la primera, que se refiere al propietario de una sola margen, se dice que puede hacer uso del agua para el riego de sus predios ó para el ejercicio de sus industrias: mientras en la segunda, que se refiere al propietario de ambas márgenes, se dice simplemente, que puede usar del agua mientras corre, sin designar el uso en que deben ser empleadas. De donde se infiere, que el derecho del

---

propietario cuyo predio atraviesa el agua, es harto más amplio que el de quien sólo es lindante por una sola margen.

Con respecto á este último, la ley limita el uso á las necesidades del riego y de la industria, mientras no pone limitación alguna al uso que puede hacer de las aguas, el propietario que tiene su predio atravesado por la corriente de las mismas. Por lo cual será lícito á éste emplear el agua con un fin de mero deleite: toda vez que su derecho de propiedad no tropieza con limitación alguna, salvo la del abuso, que está prohibido, por ser necesario restituir el sobrante al curso ordinario.

El propietario cuyo predio sea atravesado por la corriente de agua, puede además cambiar su curso, siempre que esto se verifique dentro de los límites de su propiedad, pero está obligado á restituir las aguas á su curso natural, cuando salgan de los límites del predio en el cual se ha hecho uso de las mismas.

---

## CAPITULO III

### SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO

**SUMARIO:** 316. Servidumbre temporal de paso para construcciones ó reparaciones de obras. Con respecto de qué obras se establece esta servidumbre. Si se comprenden las de puro recreo. *Quid* respecto de las demoliciones —317. Este paso temporal debe ser necesario. Si la necesidad debe ser absoluta ó relativa —318. Semejante servidumbre tiene efecto tanto respecto de los edificios, como de predios rústicos. Si se refiere lo mismo al depósito de materiales necesarios para la construcción.—319. Servidumbre permanente de paso. Predio sin salida á camino público. Qué se entiende por camino público. Qué ocurre si el acceso al camino público fuese demasiado costoso ó difícil. ó si el acceso al camino público se hubiera hecho imposible por medio del mismo propietario del predio —320. El paso debe ser tal que corresponda á las exigencias del predio y al uso que de él pueda hacerse. Aplicación del principio.—321. Una vez establecido el paso puede ampliarse si así lo exigen las condiciones nuevas que tuviese el predio.—322. Sobre qué parte del predio sirviente debe ejercitarse el paso. Si el propietario del mismo puede establecer varios pasos para usarlos en las distintas estaciones del año. Establecido definitivamente el paso, el propietario del predio dominante no puede variarlo arbitrariamente. Cuándo puede verificarse tal variación, tanto á petición de uno como del otro propietario.—323. Si el paso legal puede pretenderse por una vía subterránea para llegar á una mina ó foso propio.—324. Predio rodeado por varios predios que lo cierran. Criterio para establecer sobre cuál de ellos se debe ejercitar la servidumbre de paso. Es preciso armonizar la brevedad del camino con el menor daño posible

del predio sirviente.—325. Indemnización debida al propietario del predio sobre el cual se ejercita el paso permanente ó temporal. Por qué razón se debe la indemnización. Cómo puede pagarse. Si el ejercicio del derecho de paso está subordinado á la condición del pago de la indemnización debida. Cuándo prescribe la acción por la indemnización.—326. Obligaciones del propietario del predio sirviente. Si puede cerrar por completo el predio.—327. La servidumbre de paso cesa si el predio cerrado se agregase á otro predio que tiene acceso á la vía pública ó si se abriese un nuevo camino que llegue al predio aislado. Esta disposición es aplicable, tanto respecto de los edificios como de los predios rústicos.—329. Qué ocurre si el predio adquirido por el propietario del predio aislado no tiene acceso al camino público y gozase en cambio de un paso legal ó convencional á través de otros predios.—329. La servidumbre no cesa si el acceso al camino público desde el nuevo predio adquirido fuese difícil ó insuficiente para las necesidades de ambos predios.—330. Si la servidumbre legal cesa cuando el propietario del predio cerrado adquiere por convenio el derecho de paso sobre otros predios.—331. Si la servidumbre legal revive por la enajenación que el propietario del predio cerrado hiciese del predio por él adquirido próximo al camino público.—332. Una vez que ha cesado la servidumbre debe restituirse la indemnización. A quién corresponde probar que ésta se ha pagado.—322 bis Si la supresión de que habla el art. 596 se aplica á las servidumbres establecidas según lo dispuesto en el art. 595 y respecto de las cuales no se debe indemnización.

316. El Código civil habla de dos especies de servidumbres de paso legales. La una temporal, esto es, para un objeto dado, que una vez conseguido, cesa el derecho de servidumbre, y la otra que tiene un carácter de estabilidad y de permanencia.

De la primera trata el art. 592, el cual dice: «Todo propietario debe permitir el acceso y el paso por su predio siempre que se reconociese necesario, á fin de construir ó reparar un muro ú otra obra propia del vecino ó aunque sea común.» Como se ve, esta especie de servidumbre no es permanente, sino que se re-

fiere á un estado de cosas provisional, el cual, una vez que haya cesado, cesa también la servidumbre.

La interpretación de este artículo da lugar á las cuestiones siguientes:

- 1.<sup>a</sup> A qué obras se refiere la servidumbre;
- 2.<sup>a</sup> Qué condiciones se requieren para su ejercicio;
- 3.<sup>a</sup> Sobre qué predios puede ejercitarse tal servidumbre;
- 4.<sup>a</sup> A qué se extiende el referido ejercicio.

Con respecto á la primer cuestión es preciso observar que, aun cuando en el artículo que examinamos se habla de necesidad reconocida, sin embargo, semejante necesidad no se refiere á las obras ó construcciones, sino al acceso en el predio ajeno, para ejecutarlas. Así, pues, cuando el constructor de una obra pida el paso sobre el predio vecino, no está obligado á demostrar que aquélla es necesaria; lo que debe probar es que es necesario su paso por el predio para ejecutarla.

Pero si no se exige que la construcción ó reparación resulte impuesta por la necesidad, ¿se exige, sin embargo, que la obra sea útil, ó tiene lugar la servidumbre respecto de cualquier edificación, aunque sea ésta de puro lujo ó placer?

Para poder responder á la cuestión propuesta, según el espíritu de la ley, es preciso recurrir á los principios generales, que en este caso son dos: el uno, el de que las disposiciones relativas á las servidumbres, al igual que las que limiten el derecho de propiedad, son de interpretación estricta; y el otro, el de que el legislador, al imponer las servidumbres legales, no ha querido sino proteger los intereses agrícolas é industriales, no habiendo sido jamás, su intención limitar los derechos ajenos, para procurar el placer ó deleite de un

tercero. En el supuesto, pues, de que yo quisiera embellecer la parte exterior de mi edificio, decorándolo con estatuas, adornos, etc., ó bien que yo quisiera construir un muro para contener el agua de mi estanque ó lago destinado á puro entretenimiento, no podré pretender ejercitar la servidumbre de que habla el artículo 592, porque mi obra no reporta ninguna ventaja á mi predio, y por tanto, falta el objeto ó el motivo en virtud del cual se impone por la ley la referida servidumbre.

Y no se diga que, interpretando así el artículo que examinamos, proponemos una limitación que no hay en él: porque semejante limitación se deriva de los principios generales, en los cuales el legislador se ha inspirado, y por otro lado, el art. 592, lejos de constituir una excepción de semejantes principios, hace de ella la más exacta y rigurosa de las aplicaciones.

La demolición ¿se comprende también en la construcción á los efectos de lo dispuesto en el art. 592?

La demolición puede ser obra útil como la construcción; con frecuencia se hace necesario demoler para reconstruir; otras veces la demolición puede presentarse como la mejor salida para el propietario de un edificio en ruinas, acaso puesta hasta que pueda obtener un beneficio mayor del solar libre de todo edificio. En estos y en otros casos análogos, la demolición se comprende en el concepto legal de la reconstrucción, militando idénticas razones en pro de ambas: por lo que lo dispuesto en el artículo que examinamos, puede ampliarse también á las demoliciones, salvo cuando éstas sean motivadas por el mero capricho, y produciendo verdadera molestia al vecino, no obtenga quien las hace beneficio alguno propio.

317. Para que el que edifica pueda ejercitar la

servidumbre sobre el predio vecino, el art. 592 exige que se reconozca la necesidad del acceso ó paso. Pero ¿á qué necesidad quiere referirse aquí el legislador? ¿A la necesidad absoluta que se produce sólo cuando hay la imposibilidad física de construir la obra sin tener acceso en el predio del vecino, ó bien á la necesidad relativa, que ocurre cuando sea muy molesto y costoso construir sin poder tener acceso en el predio vecino?

Téngase en cuenta que la ley establece la servidumbre, no sólo con relación á las necesidades de los predios, sino también con respecto á la utilidad ó beneficio mayores que de los mismos pueda obtenerse. Por tanto, cuando se hable de necesidad no se debe emplear esta palabra con todo rigor, sino que debe ponerse de acuerdo con las intenciones que seguramente animaban al legislador.

Ahora bien; dado que el legislador limita el derecho de propiedad, con relación también á una simple utilidad, que puede originarse para la industria ó la agricultura, de semejante limitación, realmente debe estimarse como demostrada la necesidad del acceso, siempre que el edificante no pueda, sin grave molestia y gasto, ejecutar trabajos manteniéndose en su propiedad.

Debemos además advertir que esta interpretación encuentra su apoyo en la disposición siguiente del artículo 593, en el cual se impone la servidumbre permanente de paso por el predio ajeno, siempre que el propietario no pueda, sin gasto excesivo ó molesto, procurarse una salida al camino público.

318. La servidumbre de que tratamos, toda vez que el art. 592 no hace distinción alguna, puede ejercitarse tanto sobre predios rústicos como sobre pre-

dios urbanos. Así, pues, si para restaurar mi edificio tuviera necesidad de entrar en la casa del vecino, ó de subir al tejado de la misma, el vecino no puede impedirme la entrada en su casa.

El ejercicio de la servidumbre está limitado al acceso y paso por el predio del vecino. Evidentemente, el paso no sólo se refiere á los obreros, sino que debe extenderse á los materiales necesarios para la construcción y á los carros que sirvan para transportarlos, siempre y cuando que el predio del vecino pueda prestarse al paso de los vehículos.

El derecho de servidumbre, sin embargo, no puede extenderse hasta depositar los materiales en el predio del vecino, ó á prepararlos, porque la servidumbre limita el derecho de propiedad ajena, y semejante limitación, no puede ampliarse más allá de los casos que la ley comprende. Por otro lado, si la necesidad puede presentarse respecto del acceso y del paso, no puede ocurrir aquella para el depósito de materiales que el edificante puede hacer en su propiedad.

319. Pasemos ahora á la segunda especie de paso, es decir, al que no ocurre en virtud de un hecho momentáneo, sino que se ejercita de un modo permanente en beneficio del predio á cuyo beneficio aquella servidumbre se ha impuesto.

He aquí lo que dice el art. 593 á este propósito:

«El propietario cuyo predio esté rodeado por predios ajenos y que no tiene salida al camino público, ni puede procurársele sin gasto excesivo ó molestia y grave incomodidad; tiene derecho á obtener el paso sobre los predios vecinos para el cultivo y uso conveniente del predio propio.»

Dos condiciones, según resulta de la lectura de este artículo, deben presentarse para obtener el paso so-

bre el predio del vecino: la una, que el predio esté rodeado por otros predios y no tenga salida á la vía pública, ó bien tal salida no pueda procurarse sin gasto excesivo ó molestia, incomodidad grave; la otra, que el paso sirva para el cultivo y el uso conveniente del predio cerrado.

La salida sobre la vía pública no sólo se tiene cuando ésta está contigua al predio, sino también cuando un camino vecinal que pasa junto á él sirve para ponerle en comunicación con ella. La ley no ha querido limitar el derecho de propiedad ajena con el solo fin de obtener un paso más cómodo; por lo cual, si hay un camino que conduzca al predio, el propietario de éste no puede pretender un paso más cómodo, á través del predio vecino, para entrar directamente en su predio desde la vía pública.

Si por los límites del predio pasa un río ó canal navegable, no puede considerarse como que tiene acceso á la vía pública, porque el río ó el canal no es, ciertamente, un camino, y no se advierte que el legislador haya pensado, á los efectos del art. 593, equiparar una vía por agua á una terrestre. Si, pues, yo puedo pasar directamente á mi predio navegando por el río ó canal, pero no tengo salida alguna á la vía pública, estoy en el derecho de procurármela á través de los predios vecinos.

El artículo que examinamos no sólo impone la servidumbre en el caso de que un predio esté rodeado por otros predios y no tenga salida á la vía pública, sino también cuando, aunque el predio esté contiguo con la vía pública, sin embargo no pueda entrarse en ésta sin un gasto excesivo ó molestia grave.

Supongamos que mi predio, en la parte en que está contiguo con la vía pública, se eleva quince ó veinte

metros por encima de ésta, ó bien esté otros tantos metros más bajo. En semejante supuesto, la entrada en mi predio desde la vía pública me es casi imposible, á menos que yo quisiera correr el riesgo de aventurarme en un paso peligroso ó me sacrificase gastando una gran suma para procurarme una salida cómoda. Pero como lo mismo el paso peligroso como el cómodo que podré proporcionarme con excesivo gasto, resultan en detrimento del predio mismo, y por tanto, en daño de la agricultura ó de la industria, por eso entonces la ley obliga al vecino á concederme el paso sobre su predio para poder llegar al mío.

La ley se limita á indicar que la salida que el propietario pueda procurarse á la vía pública, sea excesivamente dispendiosa ó molesta, para que el predio vecino esté obligado á prestar la servidumbre de paso: por lo cual corresponde al prudente arbitrio del magistrado valuar todas las circunstancias de hecho, para deducir si el paso que el propietario puede procurarse directamente desde su predio en la vía pública, es ó no demasiado costoso ó molesto. Ciertamente el gasto y la incomodidad excesivos no deben entenderse de una manera absoluta, sino relativa, porque al establecer la servidumbre el legislador no ha tenido en cuenta sólo las necesidades de los predios, sino también la utilidad mayor que de los predios pueda obtenerse. Así, pues, si un gasto de cinco necesario para procurar un acceso directo á la vía pública, puede considerarse como excesivamente costoso con relación á un predio que vale diez, el mismo gasto no es excesivo puesto en relación con un predio que valga ciento. Por otra parte, el paso directo á la vía pública, puede no ser excesivamente molesto con respecto á un cultivo dado á que el predio está destinado, y serlo en cam-

bio muchísimo si el predio está dedicado á otro género de cultivo (1).

No creemos que al valuar el acceso directo al camino público, más ó menos costoso y más ó menos molesto, debe tomarse en cuenta el mayor ó menor daño que se cause al predio del vecino con el pretendido paso: porque el art. 593 considera el acceso á la vía pública como más ó menos costoso, y más ó menos molesto, en sí mismo, y no con relación al daño que podría resultar para el predio del vecino, con la servidumbre de paso. Por lo que si, considerado en sí mismo, el paso que puedo procurarme á la vía pública, en relación con el valor de mi predio y con el género de cultivo á que está dedicado, no puede considerarse excesivamente dispendioso é incómodo, el juez no podrá concederme el paso sobre el predio del vecino porque éste no experimente daño alguno con el paso que pretendo ejercitar en él. Por el contrario, si el acceso que yo puedo procurarme se considera con respecto á un predio excesivamente costoso ó molesto, el magistrado no podrá librar al vecino de la obligación de darme paso por su predio, en atención al daño sensible que para el mismo resulte del paso que pretendo ejercitar.

Si el acceso á la vía pública se hubiera hecho imposible al propietario á causa de una obra suya, v. gr., por haber hecho una corta, abierto fosos ó efectuado una construcción, etc., en ese caso no puedo pedir paso por el predio del vecino, porque no le es lícito cerrar el predio propio, y gravar así con una servidumbre los predios vecinos.

---

(1) V. en este sentido Cas. Turín, 19 Jul. 1881. (*Bacc.* XXXIII, I, 1. 688): Cas. Nápoles, 27 Ab. 1888. (*Id.* XXXI, I, 1.085.)

Realmente, la servidumbre del art. 593 puede considerarse como una de las que se derivan de la situación de los lugares, y, por lo tanto, el aislamiento de que en dicho artículo se habla, debe ser natural y no resultar artificialmente.

320. La otra condición para el ejercicio de la servidumbre legal de paso, es la de que éste sirva para el cultivo y uso conveniente del predio. De lo que se infiere, como advierte el Tribunal de Apelación de Lucca (1), que esta servidumbre no sólo está establecida en favor de la agricultura, sino también para el acceso á la casa del propietario, ó para su industria personal; por lo cual, no puede denegarse cuando quiera que tenga por objeto el uso conveniente del predio.

El paso debe concederse según pidan las exigencias del predio, sin distinguir si éste es grande ó pequeño ó si se trata de dedicar al cultivo una parte mayor ó mínima del mismo.

«Aunque sea pequeño el predio, dice la Casación de Turín (2), ó la parte del predio que el propietario quiere cultivar, la letra y el espíritu de la ley apoyan igualmente la petición de paso sobre el predio vecino, siempre y cuando ese predio ó una parte de él no pueda cultivarse de otro modo: lo propio debe decirse en cuanto al modo del cultivo que el propietario quiera adoptar, porque la ley no hace distinción alguna; la palabra *cultivo* es genérica y abraza indistintamente todos los modos de cultivo que convengan al predio ó al propietario.»

Si yo, por tanto, en virtud del género de cultivo á que he sometido mi predio, ó atendiendo á la fábrica existente en mi propiedad, necesito llegar á mi pre-

(1) Sent. 13 Mayo 1875.

(2) Sent. 25 Nov. 1868.

dio con vehículos, el propietario del predio vecino debe tolerar este paso, y no tiene derecho á restringirlo á las personas sólo y á los animales de carga.

Del propio modo, si para atender á las necesidades del abono del predio tengo animales que se han de sostener allí con el pasto, y si para llegar á mis pastos necesito atravesar el predio del vecino, éste no puede negarse, porque el fin del cultivo no se alcanzaría si los animales no pudieran llegar al predio para alimentarse.

321. La servidumbre de paso no está sujeta á la regla general, según la cual, el propietario del predio dominante no puede hacer nada que agrave la carga impuesta al predio sirviente.

Esta excepción se funda en la naturaleza misma de la servidumbre.

En efecto; el paso se impone por la ley para las necesidades del cultivo y para el uso conveniente del predio, por lo que se advierte, que es necesario que el paso que puede pretenderse sobre el predio vecino, responda á las exigencias agrícolas ó industriales del predio. Ahora bien; como las necesidades de la agricultura y las de la industria están sometidas á cambios, pues pueden aumentar ó disminuir, el derecho de paso está sujeto naturalmente á ampliación ó restricción, según que aumenten ó disminuyan las exigencias del predio (art. 593).

El propietario del predio dominante no sólo puede dedicar á un cultivo distinto su predio, y por tanto, pedir un paso sobre el predio vecino, aun para vehículos, si el paso de los mismos fuese exigido por las necesidades del nuevo cultivo, sino que hasta puede cambiar totalmente el destino del predio, convirtiéndole de agrícola en industrial.

Supongamos, en efecto, que yo poseo un predio destinado á labores agrícolas, y que para llegar á él ejercito en el predio vecino la simple servidumbre de paso para personas y animales de carga; si mañana construyo yo una fábrica y necesito transportar á ella objetos que requieran carros, tengo el derecho de reclamar del vecino semejante paso, por exigirlo así el nuevo destino del predio (1).

Con razón advierte, sin embargo, á este propósito el Tribunal de Casación de Turín (2): « que se iría demasiado lejos si se afirmase de un modo general que siempre que el propietario de un predio pida, por razón de un cambio de cultivo, ya sea la agravación de una servidumbre existente, ya la imposición de una nueva, semejante petición debe, sin más, admitirse. La jurisprudencia reconoce que el juez llamado á estatuir sobre tal demanda, debe examinar atentamente si el cultivo ó la empresa proyectados presentan un carácter serio, ó bien si sólo tienen por objeto obtener una servidumbre á cargo del vecino » (3). Añade luego que el haber intentado otra vez el ejercicio de una industria dada en el predio, y abandonada más tarde, es razón harto insignificante, toda vez que es bien sabido cómo una empresa que antes no ofrecía esperanza alguna de buen éxito, puede, con el progreso ulterior y en virtud de un cambio de circunstancias, de tiempo y de lugar, resultar beneficiosa.

322. El paso, dice el art. 593, debe establecerse en aquella parte por la cual el trayecto entre el predio cerrado y el camino público sea más corto y ocasione menos daño al predio sobre el cual se ha concedido.

---

(1) Cons. Trib. de Ap. Lucca, 13 Mayo 1875. (*An.* IX, 2.457.)

(2) Sent. 29 Nov. 1868. (*An.* III, 1. 75.)

(3) Cons. la misma Casación, 27 Ab. 1870.

Es preciso examinar si estas condiciones las impone la ley en interés del predio sirviente, ó en el del predio dominante.

La concesión del paso en el punto en que cause menos daño al predio sobre el cual se ejercite aquél, se impone sin duda en favor del predio sirviente, esto no cabe discutirlo en serio.

La dificultad puede surgir en lo referente al punto más corto, en cuanto la brevedad del paso puede obtenerse tanto en beneficio del predio sirviente como en el del dominante.

Consideramos, sin embargo, que el legislador, al proponer semejante condición, no ha tenido en cuenta más que el interés del predio sirviente. Porque los intereses del predio dominante los ha tenido en cuenta en la primera parte del art. 593, en el cual se dispone que el paso se debe conceder según las exigencias del cultivo y el uso conveniente del predio. Así, pues, cuando el propietario del predio que pide la servidumbre, tiene un paso que responde al cultivo y al uso conveniente de su predio, nada más puede pedir; en su virtud, lo de establecer el paso en el punto más corto concierne al interés del predio sirviente, no al del otro.

De esto se infiere que si interesa al propietario del predio sirviente fijar el paso por un punto que no sea el más breve, el propietario del predio que lo pide no puede oponerse; en el bien entendido, sin embargo, que el paso que se le concede responde á las exigencias y al uso conveniente de su predio.

Otra consecuencia cabe sacar de las consideraciones expuestas, según las cuales, si el propietario del predio cerrado tiene derecho de pasar sobre el predio del vecino, no puede pretender pasar por un determi-

nado punto, y es que el propietario del predio sirviente no está obligado á conceder el paso siempre por el mismo punto. Puede tener interés, según las exigencias del cultivo, que se pase durante algunos meses del año por un punto, y durante otros por otro, y en este caso tiene el derecho de establecer dos ó más sitios por los cuales el paso debe efectuarse, en cada época.

Sin embargo, una vez establecido definitivamente el lugar ó los lugares del paso, no depende del arbitrio del propietario del predio sirviente el hacer un cambio. Puede aplicarse aquí la disposición general contenida en el art. 645, la cual prohíbe al propietario del predio sirviente el ejercicio de la servidumbre en un lugar distinto de aquel en el cual hubiese sido originariamente establecida. Pero al lado de la regla está, sin embargo, la excepción, la cual permite que el cambio pueda hacerse tanto á instancia del propietario del predio sirviente, cuando el ejercicio de la servidumbre en un lugar dado se haya hecho más gravoso para él, ó le impida efectuar labores, reparaciones ó mejoras, como á petición del propietario del predio dominante, cuando éste demuestre que el cambio le produce una ventaja notable y no sea en daño del predio sirviente (art. 645).

323. En la jurisprudencia francesa se ha resuelto de un modo diverso la controversia de si el paso legal se puede pretender por una vía subterránea ó galería, con el objeto de extraer los materiales de una mina ó cueva existente en el predio cerrado (1). Se sostiene por los unos que la servidumbre de paso se constituye

---

(1) V. en sentido afirmativo Trib. de Amiens, 2 Feb. 1844. (Daloz, 1854, 2, 232); en sentido contrario Trib. de Chambéry, 10 Enero 1863. (Daloz, 1863, 2, 175.)

para llegar á la superficie del predio, no para descender á las capas inferiores del mismo, ya que, con relación al subsuelo, todos los predios están cerrados. Se asevera por los otros que la servidumbre se constituye para el uso del predio y para las exigencias de su cultivo: de donde se infiere que, si el género de cultivo ó de la industria á que esté destinado exige que se haga uso de la vía subterránea abierta por el vecino, no puede negarse semejante derecho al propietario del predio aislado.

Preferimos esta última opinión á la primera.

La ley, en efecto, no dice si el paso debe tener lugar para llegar á la superficie del predio ó para descender al subsuelo: sólo dice que el propietario del predio cerrado tiene derecho á exigir del propietario del predio vecino un paso que responda á las exigencias de su predio. Ahora bien; si en mi predio existiese una cantera, una mina cualquiera, y para la extracción y el transporte de los materiales extraídos me conviniese un paso subterráneo existente en el predio vecino, no hay razón jurídica para negarme semejante paso. Antes bien consideramos que si no existe la vía subterránea en el predio vecino, pueda el propietario del predio construirle á sus expensas, salvo las debidas indemnizaciones al propietario del predio que presta la servidumbre, para poder llegar á la mina existente en el predio propio, y á la cual no podría llegar de otra manera ó sin gran gasto ó incomodidad grave.

Si el predio no estuviese aislado, sin salida, el propietario del mismo no puede exigir este paso subterráneo por el predio vecino, porque en tal supuesto éste no debe ninguna servidumbre de paso.

324. Cuando sea posible llegar al predio sin salida

directa, por varios predios, ¿cuál de ellos deberá la servidumbre?

Supongamos que mi predio esté rodeado por todos sus linderos por tres predios *a*, *b*, *c*, cada uno de los cuales tiene acceso á la vía pública, y que, por esto, yo puede llegar á mi propiedad atravesando por cualquiera de los tres. No puede admitirse que en este caso todos los tres predios estén gravados por la servidumbre de paso, y que yo pueda ejercitarle ya sobre el uno ya sobre el otro, porque semejante lujo de servidumbre, está en abierta contradicción con el espíritu de la ley, encaminado únicamente á atender á las necesidades de los predios y de las industrias; y fácil es de comprender la distancia grande que existe entre el lujo y la necesidad.

El Tribunal Supremo de Palermo estima que la servidumbre debe ser prestada por aquel de los predios limítrofes del predio aislado, que presente la posibilidad del camino más breve. Estima también que cuando para no perjudicar demasiado al propietario del predio vecino, sobre el cual puede tenerse un camino ó paso más breve comparado con los otros predios, sea necesario llevar el camino por sitio más largo, de suerte que la distancia recorrida sea mayor de la que supondría aquél si se practicase en otro de los predios vecinos, esta circunstancia no libra al predio de la carga de prestar la servidumbre, porque para considerarle gravado con el peso del paso basta, según el citado Tribunal Supremo, que presente la posibilidad de un acceso más breve comparado con los otros predios. «En suma, dice el referido Tribunal (1), el legislador ha querido, mediante una regla general, decre-

---

(1) Sent. 14 Ab. 1866.

tar que el predio que debe sufrir la servidumbre debe ser precisamente aquél de los predios limitrofes al predio aislado que presenta el camino más breve; además, modificando el derecho del dueño del predio dominante, ha prescrito que la línea que deberá trazarse para el paso será por los puntos que ocasionen el menor daño posible al predio sirviente; la mayor utilidad que adquiere el propietario por lo dispuesto en el artículo 593, no debe redundar en perjuicio de los propietarios de los demás predios limitrofes.»

No consideramos aceptable esta doctrina.

Si, en efecto, es preciso buscar en la ley el criterio para establecer, sobre cuál de los predios vecinos se debe imponer la servidumbre de paso, no puede aquél encontrarse más que en el art. 593, en el cual se dice que el propietario del predio obligado á la servidumbre, puede dar el paso por el sitio más corto y que menos le perjudique. La identidad de motivos hace que se deba aplicar la misma disposición legal al caso que examinamos; porque los motivos por los cuales se establece en qué parte del predio debe la servidumbre prestarse, son los mismos que se pueden invocar en el caso de que se trate de determinar sobre cuál de los predios vecinos se debe establecer la servidumbre. No hay duda, pues, de que lo dispuesto por el art. 593 deba aplicarse tanto en un caso como en otro.

El artículo que hemos citado como aplicable en el caso presente, no sólo establece el criterio del camino más breve, sino también el del menor daño del predio sirviente. Separar estos dos criterios, tomando uno y rechazando el otro, para establecer cuál de los predios vecinos debe prestar el paso, es violar abiertamente la ley. Es preciso, por tanto, que el magistrado combine el criterio de la brevedad con el de menor daño,

al efecto de determinar sobre cuál de los dos predios debe imponerse la servidumbre.

Supongamos que en el predio *a* sea el camino de 500 metros, y el daño que experimenta el propietario equivalga á ciento, mientras que el predio *b* el camino llegue á 1.000 metros equivaliendo el daño á dos, es necesario en este caso establecer la servidumbre sobre este último, porque aun cuando el camino sea dos veces más largo, el daño que experimenta el propietario es cincuenta veces menor (1).

La razón misma de la ley, independientemente del texto, nos obliga á seguir esta doctrina.

Las servidumbres legales, en efecto, se establecen por la ley en interés general de la agricultura y de la industria, y no en provecho de un predio á cargo de otro, en cuyo caso se desvanecería el interés general, ya que lo que por un lado se gana se pierde por otro. Es preciso, pues, que las servidumbres se establezcan de modo que se concilien los diversos intereses, á fin de no perjudicar el conjunto de los intereses generales. Ahora bien; si se atiende suficientemente á los intereses del predio aislado con un daño que supone dos, ¿qué motivo hay para atender á aquellos de otro modo y con un daño que supone ciento, únicamente porque este segundo modo ofrece una mayor comodidad? La ley no quiere asegurar el goce y la comodidad con las servidumbres que impone, sino únicamente proteger los intereses; así, es necesario que las comodidades cedan el paso á éstos, y que se sacrifiquen para evitar un daño agrícola ó industrial.

Conviene advertir que el juez, al hacer el cálculo de las distancias y de los daños, no está obligado á

---

(1) Cas. Florencia, 16 Mayo 1878.

acomodarse á las exigencias de un rigor matemático absoluto; debe gozar en semejante cálculo, de una cierta latitud en la apreciación, que le permita tener en cuenta muchas otras circunstancias que ni la ley ni el intérprete, pueden fijar y valuar *a priori*.

No nos parece tampoco exacto el otro concepto de que parte el Tribunal de Casación de Palermo, y según el cual no se debe tener en cuenta el punto en que el camino se traza, para determinar si es ó no más breve que otro, sino la posibilidad de trazar en un predio dado una línea más corta que otra. Porque ¿qué interés práctico puede tener la consideración de que sobre el predio *a* puede trazarse un camino posible de 500 metros de largo, si el paso que se concede de hecho, dadas las condiciones del predio, llega á 1.000 metros efectivos? Supongamos que en otro predio vecino en el cual no sea posible trazar una línea de 500 metros que del camino público me conduzca á mi predio, se pueda en cambio trazar un camino de 600 á 700 metros; en este caso, si el daño que se ocasiona con el paso á los dos predios es igual, ¿qué razón legal existe para preferir el paso más largo al más corto?

325. Cuando ha lugar á establecer una servidumbre de paso, ya sea permanente, ya sea transitoria, á los efectos del art. 592, se debe siempre al propietario del predio sirviente una indemnización proporcionada al daño causado por el acceso ó por el paso (artículo 594), á menos que el aislamiento del predio no haya ocurrido por efecto de venta, permuta ó división, en cuyo caso, los vendedores permutantes ó copropietarios están obligados á dar el paso sin indemnización alguna (art. 595).

Según resulta bien claro del texto citado, la indem-

nización no se debe en compensación de la carga impuesta al propietario del predio sirviente á causa de la servidumbre de paso, sino para indemnizarlo de los daños que sean efecto del paso mismo. Por donde si yo, para entrar en mi predio, paso por un camino existente ya en el predio vecino, y del cual se sirve éste para necesidades de su propiedad, de suerte que ningún daño experimenta el propietario del predio sirviente á causa de mi paso, no podrá éste exigir que yo le pague una indemnización, porque falta la condición indispensable para que yo deba la compensación legal.

Determinado el daño y el tanto de la indemnización, el modo de ejecutar el pago queda al prudente arbitrio del juez, pues la ley nada dice á este propósito. En su virtud, podrá ordenar que se efectúe de una sola vez, pagando una suma cuyo interés represente el daño anual producido, ó bien que se pague con un tanto al año igual á los daños.

Si la indemnización no se pagare, ¿puede el propietario del predio sirviente negar el paso al propietario del predio aislado?

La indemnización, decíamos, se debe, no en representación del gravamen impuesto por la servidumbre, sino del daño que puede originarse en el ejercicio del paso; si, pues, por el mero derecho que yo tengo de pasar sobre el predio ajeno, no debo compensación alguna, es evidente que este mi derecho no está subordinado al pago de la indemnización de que habla el art. 594. Por otra parte, las servidumbres se constituyen por la ley por razones de orden público, lo que impide que, por razones de interés privado, pueda denegarse el ejercicio de un derecho exigido por el interés público.

La acción para reclamar la indemnización según el art. 527, está sujeta á prescripción, subsistiendo, sin embargo, el derecho de ejercitar el paso. Suponiendo que yo haya pasado durante treinta años por el predio del vecino sin que éste hubiere reclamado jamás de mí una indemnización, pierde todo derecho á la compensación, y no puede proponer la acción correspondiente, persistiendo en cambio el derecho de ejercitar el paso á través de su predio.

Es preciso no confundir la prescripción de la acción relativa al pago de la indemnización, con la prescripción del derecho de servidumbre. En materia de servidumbre legal de paso, no puede haber lugar ni á la prescripción adquisitiva ni á la extintiva. No cabe la primera, porque no puede adquirirse por segunda vez lo que ya nos corresponda por disposición de la ley; y la segunda, porque la servidumbre se deriva de la necesidad, de donde resulta que si durante cien años no me ha sido necesario pasar á través de tu predio, y esta necesidad surge mañana, surge con ella la razón de la servidumbre contra la cual no cabe oponer la prescripción.

326. Determinado el paso sobre el predio del vecino, el propietario del otro predio no adquiere la propiedad de aquél, porque el vínculo de la servidumbre no expropia al propietario del predio sirviente de una parte del mismo, sino que tan sólo limita el ejercicio del derecho de propiedad respetando su existencia.

En virtud de esto, el dueño del predio sirviente puede hacer en el mismo todo lo que le plazca, á condición de no impedir al vecino el ejercicio de su derecho de servidumbre. Así, si acumulase materiales ó cosa parecida en el camino, puede obligársele á qui-

tarlos, porque tal acumulación impide ó limita al ejercicio del derecho correspondiente á quien goza la servidumbre activa de paso (1). Por el contrario, quien tiene una servidumbre sobre el predio ajeno, no tiene otro derecho que el que se deriva del ejercicio de la misma, y si hiciera alguna cosa fuera de los límites de este derecho, viola la propiedad ajena y es responsable de la violación cometida.

El propietario que debe dar el paso, ¿puede cerrar su predio?

La ley quiere que el derecho del propietario del predio aislado, se concilie con el respeto al derecho de propiedad ajeno. Así, pues, cuando el propietario del predio sirviente haga cosa útil para sí y no perjudicial para el predio respecto del cual la servidumbre de paso se ejercita, no hay razón para impedirselo. Por lo que, si al comienzo de un camino se pone una puerta, las llaves de la cual se entregan al propietario del predio aislado, y, de esto no se origina perjuicio alguno para el propietario del predio dominante, no se puede impedir al del sirviente el ejercicio de ese derecho suyo. Pero si de aquel cierre se derivase daño ó molestia grave, como podría ocurrir en el caso de que en el predio dominante existiera una fábrica, en la cual entran y salen muchas personas, no creemos que pueda cerrarse el predio sirviente (2).

327. Dado que la servidumbre legal de paso se establece por la ley con relación á la necesidad del paso mismo, es natural que la servidumbre cese cuando la necesidad del paso desaparezca.

---

(1) V. Cas. Turín, 18 Nov. 1868.

(2) Cons. Cas. Florencia, 30 Dic. 1878.

He aquí lo que dice á este propósito el art. 596. «Cuando el paso á un predio cercado cesa de ser necesario en virtud de la reunión del mismo á otro predio contiguo con la vía pública, puede aquel suprimirse en cualquier tiempo á instancia del propietario del predio sirviente, mediante la restitución de la indemnización ó la cesación de la anualidad que se hubiere convenido. Lo mismo tiene lugar si se abriese un nuevo camino que toque con el predio antes aislado.»

Cuando yo adquiero un predio contiguo al aislado, el cual tiene acceso á la vía pública, si los dos predios pertenecen á un mismo individuo, se consideran como una sola propiedad, la cual cesa de estar cercada por todas partes, desapareciendo así el motivo para imponer la servidumbre legal de paso á cargo del predio vecino.

El artículo indicado se aplica lo mismo á los predios rústicos que á los edificios. Así, si yo adquiriese un edificio contiguo al que tenía y del cual puedo pasar á la vía pública, cesa la servidumbre de paso á cargo del vecino. Del propio modo, si yo adquiriese un edificio contiguo á un predio rústico, desde el cual puedo yo pasar á la vía pública, ó viceversa, un terreno contiguo á mi edificio con salida al camino público, en ambos casos cesa la servidumbre legal de paso.

«La palabra *predio*, dice el Tribunal de Apelación de Venecia (1), empleada por el art. 596, significa todo bien inmueble. El sentido que en el derecho común se daba á la misma cosa, era el de que en la denominación genérica de predios se consideraban comprendidos tanto los terrenos como los edificios, las ca-

---

(1) Sent. 6 Abril, 1876. (*An. X. 3, 4, 51*)

sas y todo otro inmueble susceptible de servidumbre. Y es en verdad idéntica la razón, pues si las cosas en circunstancias dadas deben servir á las cosas, semejante principio debe aplicarse lo mismo á las servidumbres prediales sobre fundos rústicos, que á las que tienen por objeto edificios, casas y sus accesorios. El artículo 596 tenía que indicar, según esto, el objeto sometido al paso y á la supresión, con una denominación que comprendiese las servidumbres de esta especie. Para excluir los edificios, las casas, etc., hubiera sido preciso una declaración explícita como la de los artículos 598 y 599, relativos al acueducto obligatorio.»

328. Si el predio adquirido contiguo al predio aislado no tuviese salida á la vía pública y si solamente un paso convencional ó legal para llegar á dicha vía pública, el propietario ¿continuará ejercitando ambos pasos ó deberá valerse de uno solo?

El paso del que goza el predio adquirido, convencional ó legal, se limita siempre al uso conveniente del mismo, no se le puede ampliar sin violar la convención ó la ley á otro predio; por lo tanto, es necesario que los dos pasos persistan para usar convenientemente de cada predio. Añadiremos que si el propietario de uno de los predios sirvientes consintiese al propietario de los dos predios aislados, servirse del paso para el uso de ambos, no puede obligársele á aceptar semejante arreglo, porque á nadie es lícito disponer de los derechos de otro sin el consentimiento de aquel á quien los derechos pertenecen.

329. Consideramos que la adquisición de un predio contiguo á la vía pública no hace cesar la servidumbre de paso, cuando el acceso que este predio puede tener á aquélla, sea difícil ó insuficiente, para

las necesidades agrícolas ó industriales del predio aislado. En efecto; si la razón por la cual la servidumbre legal de paso cesa en virtud de la adquisición de un predio contiguo á la vía pública, está en haber desaparecido la necesidad del paso legal, evidentemente la servidumbre no puede extinguirse cuando á pesar de la agregación de otro predio, la necesidad del paso continúa.

330. Si la agregación de otro predio al aislado no se efectúa, pero el propietario de éste adquiere por convenio un paso sobre otros predios, ¿cesa el que primero se ejercitaba por disposición de la ley?

Es preciso partir del principio, según el cual la servidumbre legal de paso continúa; existiendo mientras persiste la necesidad del paso y que cesa con la cesación de semejante necesidad. Dado esto, importa examinar con qué fin el propietario del predio aislado ha adquirido un paso convencional. Si éste satisface por completo las exigencias agrícolas é industriales del predio, la necesidad del paso legal puede considerarse que ha cesado. Si, por el contrario, la nueva vía convencional se hubiera adquirido por simple comodidad personal, por ejemplo, por tener el propietario un acceso más fácil á un sitio donde le interesa ir, en este caso, como el paso adquirido no es útil al predio, ni suficiente para atender á todas sus necesidades, no ha desaparecido el objeto del paso legal y la servidumbre continúa.

331. Si el propietario del predio aislado enajena el predio que hubiese adquirido próximo á la vía pública, ¿surge de nuevo la servidumbre legal de paso que antes se ejercitaba sobre el predio del vecino?

Pueden presentarse dos hipótesis: ó el propietario del predio sirviente ha pedido la extinción de la ser-

vidumbre de paso antes de que el del predio aislado enajenase el contiguo á la vía pública por él adquirido, ó bien la venta del nuevo predio adquirido, se ha efectuado antes de que el propietario del predio sirviente hubiese reclamado la cesación de la servidumbre de paso.

En este último caso la servidumbre legal no ha dejado de existir, y el propietario del predio sirviente no puede, según esto, oponerse al ejercicio de la misma por parte del propietario del predio que ha vuelto á quedar aislado.

«La abolición, dice á este propósito el Tribunal de Casación de Nápoles (1), de que se habla en el artículo 596, no se verifica por virtud de la ley tan sólo, sino que es preciso que la parte la pida para que el magistrado declare suprimida la servidumbre. Ahora bien; si *non ope legis set ministerio judicis* se verifica la extinción indicada, el propietario del predio sirviente debería haberse movido en tiempo oportuno, porque el derecho que presenta no está comprendido en la sección en que la ley trata del modo cómo se extinguen las servidumbres, sino en otra sección, cual es la de las servidumbres legales. Por tanto, si el derecho ayuda á aquel que vigila y no al que duerme, *vigilandibus et non dormientibus*; si el propietario del predio aislado, al enajenar su nueva adquisición, no comete fraude, sino que ejercita un derecho propio; si en su virtud el predio dominante resulta separado de la adquisición posterior, las cosas no están ya como estaban, y cuando el propietario del predio sirviente produce la demanda tardía de extinción, *res incidit in eum casum a quo incipere non potest.*»

---

(1) Sent. 11 Mayo 1877.

En la otra hipótesis, la servidumbre, una vez extinguida, no puede revivir de nuevo si no surge la necesidad del paso; pero aquí no puede hablarse de necesidad, toda vez que el aislamiento del fundo se verificaría en este caso por un hecho, voluntario, y á nadie es lícito verificar un hecho, para imponer al vecino una carga que la ley le impone tan sólo, cuando la necesidad se derive de la situación misma de los lugares. El vendedor, pues, no tiene más remedio que obtener del comprador un paso sobre el predio vendido.

Verdad es que en este caso estará obligado el comprador á prestar la servidumbre de paso, siendo así que, según el art. 595, no está obligado á esta servidumbre más que el vendedor. Adviértase, sin embargo, que el objeto del art. 595 es imponer una servidumbre sin derecho á indemnización, declarando al vendedor obligado á prestarla. De donde se deduce que, si el comprador no puede ser obligado á prestar una servidumbre gratuita, el artículo que examinamos no le libra de tener que prestar una servidumbre de paso con derecho á la correspondiente indemnización. Y esta obligación, en el caso supuesto, se deriva para él de haber concurrido con su voluntad y con su hecho, á aislar el predio que queda en poder de su vendedor, por lo que no puede menos de soportar las consecuencias que necesariamente se derivan de una condición de las cosas voluntariamente creada.

332. Dispone el art. 595, que una vez declarada extinguida la servidumbre, debe el propietario del predio sirviente restituir la indemnización recibida cuando se hubiere pagado con una suma dada, cesando, en otro caso, el pago de la anualidad convenida á título de indemnización.

Mas para exigir el propietario del predio dominante la restitución de la indemnización pagada en una suma de capital, ¿tiene la obligación de probar que el pago se efectuó en realidad, ó bien puede alegar en su favor la presunción legal del pago de suerte que corresponde al propietario del predio sirviente demostrar lo contrario?

Si el ejercicio del derecho de paso estuviese subordinado al pago efectivo de la indemnización debida, el propietario del predio dominante que está ya en posesión del ejercicio de su derecho, podría alegar en su favor la presunción del pago ya efectuado. Pero desde el momento en que esto no es así; desde el momento en que el derecho á la indemnización nace después del de servidumbre creado por la ley, y que el propietario del predio dominante tiene derecho de ejercitar el paso, aun cuando no haya pagado la indemnización, es evidente que ninguna presunción milita á su favor, estando, por tanto, sujeto á la regla general, según la cual, quien reclama la restitución de una suma pagada tiene la obligación de demostrar que el pago ha tenido efecto.

332 (*bis*). Siendo preciso en el caso de supresión de la servidumbre de paso restituir la indemnización debida, ¿se inferirá que lo dispuesto por el art. 596 es aplicable tan sólo á la servidumbre para la cual se ha debido indemnización, y no á aquella que en caso de venta, permuta ó división establece el art. 595 sin indemnización alguna? El motivo de la supresión de la servidumbre, en el caso previsto por el art. 596, no está en la indemnización que por la misma se ha pagado, sino en la índole misma de la servidumbre que impone la ley por necesidad, la cual debe lógicamente cesar cuando la necesidad cesa. Por donde si la servi-

dumbre establecida en caso de división, venta ó permuta, es legal, también en cuanto esté impuesta por la necesidad, que las partes reconocen en el acto por ellas cumplido, está sujeta á supresión en el caso previsto por el art. 596 (1).

---

(1) V. Cas. Roma, 14 Jun. 1879. (*Racc.* XXXII, I, 1128).  
Cas. Turín, 23 Jul. 1883. (*id.* XXXV, I, 1507.)

---

## CAPITULO IV

### SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO

**SUMARIO:** 333. Diversas especies de servidumbres comprendidas en la denominación genérica de servidumbre de acueducto.—334. La servidumbre de acueducto no implica expropiación del suelo sobre el cual se verifica el paso del agua.—335. Corresponde con relación á cualquier clase de agua. Aguas minerales. Aguas de lluvia.—336. Primera condición para poder exigir la servidumbre de acueducto. Fin para el cual deben servir las aguas cuyo paso se pida.—337. Segunda condición. Derecho á las aguas.—338. Tercera condición. El agua suficiente para el objeto. Caracteres de tal suficiencia.—339. Cuarta condición.—El paso exigido debe ser el más breve y el menos perjudicial.—340. La servidumbre de acueducto debe establecerse á consecuencia de demanda.—341. Si existe ya un canal en el predio sirviente, quien conduce las aguas no tiene derecho á aprovecharlo. El propietario del mismo y de las aguas puede ofrecer el paso. Si construido el canal, puede el propietario del predio en que existe introducir en él las aguas á que tiene derecho.—342. Qué predios están exentos de semejante servidumbre. Si la exención concedida á las casas comprende todo edificio.—343. La servidumbre de acueducto no puede ejercitarse si no se ha pagado la indemnización. Criterio para fijarla según los casos.—344. Obligación del propietario del agua cuando cesa la servidumbre de acueducto concedida temporalmente. Qué ocurre en el caso en que cese la servidumbre concedida á perpetuidad. El propietario del predio en que está el acueducto puede impedir su demolición. Si debe dar una indemnización en el caso en que quiera aprovecharse de sus materiales. Cuando la demolición se haga por quien usa la servidumbre, el propietario del predio sirviente no tiene ningún

derecho á los materiales provenientes de la misma.—345. Si el modo especial con que se extingue la servidumbre de paso se aplica á la de acueducto —346. Servidumbre de paso de aguas sobrantes. Sobre qué predios puede imponerse y sobre qué aguas. Minas.—347. Disposiciones comunes á las servidumbres de acueducto y de desagüe.—348. Relaciones entre los que usan las aguas y los propietarios de los predios contiguos á ellas. Servidumbre relativa á la conservación de los puentes ú otras obras semejantes. Si la servidumbre tiene lugar respecto de las corrientes naturales de agua.—349. Servidumbre de desagüe de aguas derivadas de inundación de predios.—350. A quién corresponde esta servidumbre. Si corresponde al arrendatario, usufructuario y usuario.—351. De qué modo y en qué predios debe de constituir la servidumbre de desagüe. Criterio para fijar la indemnización. Predios exentos.—352. Qué otros propietarios pueden aprovecharse de las obras ejecutadas para la bonificación de los terrenos. Con qué condiciones.—353. Qué ocurre si un tercero hubiere adquirido el derecho de las aguas derivadas del predio que se quiere desaguar. Conciliación de los dos intereses. Indemnización en el caso de que ésta sea imposible.—354 Servidumbre de apoyo de dique ó exclusiva. Quién puede exigirla. Qué ocurre si las obras necesarias se hubieren hecho bajo el imperio de la ley anterior que no reconocía tal servidumbre.—354 *bis*. Esta servidumbre no debe causar perjuicio á terceros. Qué ocurre si el daño se verificase.

333. La servidumbre legal de acueducto es una denominación genérica que comprende cinco clases distintas de servidumbres. La primera es la de conducir por la propiedad ajena las aguas á que se tiene derecho y que sirven para las necesidades de la vida, ó las de la agricultura y de la industria; la segunda consiste en el derecho de hacer pasar por el predio ajeno las aguas sobrantes que el vecino no consiente en recibir en su predio; la tercera se refiere á la obligación de construir y conservar los puentes sobre una corriente de agua para que los ribereños puedan pasar por los mismos y llegar á sus predios; la cuarta toca al saneamiento de terrenos palúdicos y al dere-

cho de conducir por fosos ó cloacas las aguas de desagüe á través de la propiedad ajena; la quinta atribuye á quién puede tomar el agua de un río ó arroyo el derecho de apoyar una exclusiva sobre la orilla ajena.

Hablaremos en particular acerca de cada una de estas servidumbres, comenzando por la primera.

334. Todo propietario, dice el art. 598, está obligado á dar paso por sus predios á las aguas de toda clase que por ellos quieran conducirse por quien tenga de un modo permanente, ó aunque sea temporal, el derecho de servirse de ellas para las necesidades de la vida ó para usos agrícolas ó industriales.

Antes de que nos detengamos á examinar las condiciones exigidas para el ejercicio de esta servidumbre, creemos oportuno advertir, para la mejor inteligencia de cuanto luego exponemos, que la servidumbre de acueducto conserva siempre los caracteres propios de la servidumbre, consistentes tan sólo en la limitación impuesta al derecho ajeno de propiedad, sin que jamás pueda degenerar en una verdadera expropiación.

Supongamos que en virtud del derecho de servidumbre activa que me corresponde, yo haya construido un acueducto sobre el predio ajeno; ahora bien, el suelo sobre el cual está el acueducto y la obra misma que lo constituye no son mi propiedad; uno y otra pertenecen al propietario del predio sirviente, porque si éste debe sufrir que yo conduzca mi agua á través de su fundo, no hay razón para expropiarlo en la parte que sirva para la conducción del agua. Cierto es que el acueducto ha sido construido á mi costa y con materiales míos, pero conviene no olvidar que la construcción es un accesorio del suelo y que pertenece por derecho de accesión al propietario de éste.

335. La servidumbre de acueducto corresponde, según el art. 598, con relación á cualquier clase de aguas, y así el intérprete no puede hacer distinción entre unas y otras, para conceder unas veces y negar otras, dicha servidumbre. Ya se trate de aguas vivas ó de aguas muertas, ya se tome el agua de un lago, de un estanque ó de una fuente, puede corresponder el derecho de conducir las al predio propio á través del vecino (1). Si yo tengo derecho á aguas minerales y quiero conducir las á mi predio para un establecimiento de baños, tengo derecho á obtener del vecino el paso para ellas, porque la ley no distingue entre aguas y aguas.

Del propio modo, si poseo una fuente cuyas aguas en su corriente natural vierten hacia el predio A, puedo venderlas al propietario del predio B, situado más allá del A, y el propietario de éste puede ser obligado ó dar paso á las aguas vendidas.

También, con relación á las aguas de lluvia, puede exigirse el paso sobre el predio ajeno para conducir las á su destino, siempre y cuando se tenga derecho á recogerlas y puedan ser precisas para las necesidades de la vida ó útiles para la agricultura y la industria.

336. Veamos ahora qué condiciones son necesarias para obligar al vecino á dar paso á nuestras aguas.

En primer lugar, es necesario que las aguas sirvan para las necesidades de la vida ó para usos agrícolas é industriales. La necesidad personal, pues, y la utilidad agrícola é industrial, son los motivos que han decidido al legislador á limitar el derecho ajeno de propiedad; por lo que no presentándose alguno de ellos no

---

(1) V. Apel. Nápoles, 3 Jul. 1880.

hay derecho á esta servidumbre. Si las aguas que yo quiero conducir á mi predio no sirven más que para mi recreo, no puedo obligar al vecino á dar el paso para las mismas, porque si su derecho de propiedad puede ser limitado por la necesidad ó utilidad ajenas, no puede en cambio disminuirse para procurar al tercero nada más que un simple placer ó deleite.

Si yo no me sirvo de mi agua sino que quiero conducirla á mi predio para venderla á otros que la usen, ya para sus necesidades personales, ya para las agrícolas é industriales, ¿tendré derecho de obtener del vecino el paso?

Nos inclinamos á responder de una manera afirmativa; porque el fin para el cual la servidumbre se constituye por la ley, es el de satisfacer las necesidades personales, agrícolas é industriales; así, pues, cuando las aguas se quieran conducir para uno de estos fines, poco importa que el uso de las mismas se haga por el propietario ó por otro á quien él lo ceda, porque en ambos casos se persigue el fin que la ley quiere.

Es un principio indiscutible que las servidumbres no se imponen por la ley con relación á Ticio, á Cayo ó á Sempronio, sino en atención á los intereses generales. Ahora bien; cuando de intereses generales se trata, ¿qué valor tiene el saber que es Ticio ó Cayo quien desarrolla los intereses agrícolas ó industriales? En nuestro concepto, la persona no se tiene en cuenta para nada, para decidir si la servidumbre se debe ó no se debe.

Téngase en cuenta, además, que si yo no vendiese á un tercero, el agua, cuando está sobre mi predio, sino en su fuente, de donde la tomo, el que la adquiere adquirirla también el derecho á hacerla pasar sobre el predio de mi vecino, ¿qué motivo hay para que éste

quede exento de semejante carga sólo porque la venta del agua en vez de hacerse en un punto se haya hecho en otro?

337. Se requiere, en segundo lugar, que quien pide el paso para las aguas destinadas á usos personales ó á servicios agrícolas ó industriales, haya adquirido un derecho á las mismas, ya sea temporal, ya perpetuo. Ahora bien; así como el derecho sobre las aguas puede adquirirse, no sólo por el propietario del predio, sino por el usufructuario, usuario ó arrendatario del mismo, así resulta, que estas personas tienen también el derecho de conducir sus aguas sobre el predio ajeno por todo el tiempo que dura el usufructo, el uso ó el arrendamiento.

Si el derecho que yo he adquirido sobre el agua se resolviera al verificarse una condición dada, podré conducir el agua sobre el predio del vecino por todo el tiempo que permanezco en posesión de mi derecho, cesando la servidumbre con la resolución de éste. Si, en cambio, no adquiriese yo el derecho al agua sino *ex die*, no puedo, entre tanto, pedir la servidumbre y construir el acueducto, sino que debo esperar que llegue el día en que pueda comenzar el ejercicio de mi derecho.

338. Se exige, en tercer lugar, que el agua á que se tiene derecho sea suficiente para el uso al cual se destina (art. 602). A fin de no dar excesiva extensión al precepto de la ley, es preciso tener presente que el legislador, al dictarlo, se ha limitado á exigir que sea útil para alguna cosa el agua que se quiere conducir sobre el predio ajeno.

Supongamos que yo tengo en mi predio una máquina, para mover la cual pido conducir el agua sobre terrenos ajenos; en este caso tengo la obligación de probar que el agua que yo conduzco para este objeto

es suficiente, no pudiendo, en otro caso, imponer una servidumbre que, gravando á otro, no es útil para mí. Pero si, en el caso que suponemos, yo poseyese ya otra cantidad de agua sobre mi predio, que, reunida á la que quiero conducir sobre la propiedad ajena, fuere suficiente para mover la máquina, podré, sin duda, pedir la servidumbre, toda vez que con ella logro mi objeto.

Imagínese ahora que yo poseo un terreno de cien hectáreas, para cuyo riego pido al vecino el paso del agua; en este caso, no es necesario que yo pruebe que la cantidad de agua que quiero conducir por el predio ajeno es suficiente para regar todo mi predio; porque aun dado que el agua sea sólo suficiente para regar una décima parte del predio, puedo pedir la servidumbre á beneficio de la parte regable.

Es imposible establecer *a priori* qué porción del predio debe ser regada, para que pueda pedirse el paso de las aguas; trátase de una contienda cuya apreciación tiene que dejarse al prudente arbitrio del juez, quien sólo admitirá la servidumbre, cuando esté convencido de que el agua destinada al riego lo sea en cantidad tal, que pueda constituir un beneficio ó utilidad con relación al predio á quien se dedica.

Las necesidades de la vida á que el agua puede destinarse son múltiples. Se comprenden entre ellas las aguas potables, las que pueden servir para abreviar animales, las necesarias para la limpieza doméstica, etc. Ni siquiera se exige que el agua que yo quiero conducir sobre el predio ajeno, para las necesidades de la vida, satisfaga todas estas exigencias, es suficiente que satisfaga una sola, supuesto que el medio para satisfacer la necesidad representa por sí mismo una utilidad apreciable. Así, si el agua sirve sólo para los

animales ó para lavar, en cualquiera de estos casos podrá pedirse el paso de la misma.

339. Por último, para obligar á un propietario para dar paso á las aguas sobre su fundo, es preciso justificar, según lo que dispone el art. 602, que el paso pedido sea el más conveniente y el menos perjudicial para el predio sirviente, teniendo en cuenta las circunstancias de los predios vecinos, la pendiente y demás condiciones para la ejecución y el curso y desembocadura de las aguas.

Con relación á la servidumbre de paso, ya hemos advertido que es preciso tener en cuenta dos criterios para determinar el predio sobre el cual debe ser establecida, y son: el de la brevedad de la vía y el del menor daño posible al predio sirviente. Ahora bien; este mismo concepto impera en las expresiones del art. 602, y á él debe atenerse el intérprete. Ciertamente que la brevedad del acueducto se considera en relación con la facilidad del paso de las aguas hasta su desembocadura, y también con relación á los gastos necesarios para poderlas conducir; por lo que no puede decirse que el agua debe pasar por aquel predio, en el cual recorrería mayor trayecto, sino por aquel en el cual la brevedad del trayecto se concilie con los intereses del predio dominante y los del sirviente. *Caeteris paribus*, la servidumbre no deberá imponerse siempre sobre el predio en el cual la distancia que haya de recorrerse sea la menor, sino que también puede ocurrir que corresponda dar el paso al predio en que éste es más largo, si en él se advirtiere la posibilidad de sumar la facilidad del paso con el menor daño derivado del mismo.

Para valuar estas circunstancias, el juez está naturalmente investido de una moderada libertad de apreciación, y al dictar su sentencia debe procurar concii-

liar, del mejor modo posible, los intereses del predio al cual el agua aprovecha con el respeto al derecho ajeno de propiedad.

340. Dándose el concurso de los cuatro extremos á que nos venimos refiriendo, la servidumbre de acueducto no tiene lugar como la de paso *ministerio juris*, sino que es preciso que sea pedida al juez y por él establecida, cuando las partes interesadas no logren ponerse de acuerdo.

Para convencerse de la exactitud de este principio, basta leer los artículos del Código relativos á la servidumbre de que hablamos.

En efecto; en el art. 599 se dice, que quien *pide* el paso de las aguas debe abrir el canal necesario, etc., y en el art. 602 se lee que quien quiere hacer pasar las aguas debe justificar, etc. Dado esto, si el paso debe ser pedido, si para obtenerlo es preciso presentar las justificaciones que la ley requiere, desde luego se ve que el paso no se efectúa por ministerio de la ley, sino que debe ser concedido ó en virtud de convenio ó por sentencia del magistrado.

Si alguna duda quedase respecto de este punto, se deshace fácilmente con lo dispuesto en el art. 603, por el cual se prescribe que quien quiere conducir las aguas sobre predio ajeno, debe antes de construir el acueducto pagar el valor del terreno ocupado. Ahora bien; si antes de conducir el agua sobre el predio ajeno, debe apreciarse el valor del terreno que se ocupa y pagar el tanto, es evidente que la servidumbre no existe *ope legis*, sino que tiene que establecerse por convenio ó judicialmente.

341. Quien pide el paso debe abrir á su costa el canal necesario para las aguas, y no puede servirse de un canal que anteriormente exista en el predio sir-

viente. El propietario de éste, sin embargo, si también fuese propietario del canal existente y de las aguas que por el mismo corren, puede ofrecer el paso que debe dar, por dicho canal, cuando esto pueda hacerse sin daño notable de quien pide el paso (art. 599).

Con esta disposición, el legislador se propone garantizar los intereses del propietario del predio sirviente. La existencia de un canal puede en verdad facilitar el servicio al propietario del predio dominante, ahorrando de este modo los gastos y las molestias de la construcción de un nuevo canal; pero el propietario del predio sirviente puede encontrar perjudicial á sus intereses que en su canal se introduzca otra cantidad de agua, y en este caso la ley libra al canal existente de la servidumbre de conducir las aguas ajenas, y obliga al propietario del predio dominante á construir uno nuevo. Por el contrario, quien debe dar el paso de las aguas del vecino, puede preferir á la apertura de un nuevo canal hacer pasar las aguas en el existente, y el propietario del predio dominante no puede oponerse, siempre que el canal y las aguas pertenezcan al propietario del predio sirviente y no á un tercero que ha construido el acueducto para conducir las aguas á su predio, y siempre que de esto no se derive un perjuicio notable á quien pide el paso.

Construyendo el propietario del predio sirviente el canal donde ya existe otro, puede atravesar este último por debajo ó por encima siempre que esto se haga en el sitio más adecuado y no altere en manera alguna el curso ó el volumen de las aguas que en él corren (art. 610). No es preciso que lo que indicamos se justifique por la necesidad, sino que basta que no produzca daño alguno, para que deba permitirse al constructor del nuevo canal.

Una vez abierto el canal para uso del propietario del predio dominante, si éste adquiriese más agua de la que poseía en el momento de la construcción, puede introducirla, siempre que el canal sea capaz de recibirla y no resulte daño para el predio sirviente. En este caso, el propietario del agua se procura un beneficio para sí, sin agravar en manera alguna la condición del predio sirviente, por lo que no tiene por qué quejarse al propietario de éste. Pero si á causa de la introducción de mayor cantidad de agua fuesen precisas nuevas obras, éstas no pueden hacerse si antes no se determina la naturaleza y calidad de las mismas, y no se paga la suma debida por el suelo que haya de ocuparse y por los daños (art. 605).

Si el propietario del predio sirviente adquiriese una cantidad dada de agua, ¿puede conducirla al canal ya construido del tercero en virtud de su derecho de servidumbre activa?

Cuando el canal sea capaz de recibirla, ó siendo precisas nuevas obras, éstas sean hechas por el propietario del predio y del agua, y cuando el paso pueda practicarse sin daño notable del derechohabiente á la servidumbre, consideramos que el propietario del predio sirviente tiene derecho, porque así como puede impedir al tercero abrir un nuevo canal y obligarle á servirse del suyo, así puede evitar que se construya un nuevo canal á cargo de su predio y obligar al tercero á recibir las aguas en el canal que ha construido.

Por lo demás, como ya hemos advertido, lo dispuesto por el art. 599 está dictado en interés del propietario del predio sirviente, y, por tanto, puede proceder según su interés cuando éste está justificado y no se origina daño alguno al propietario del predio dominante. Todo lo que favorece al propietario del predio

serviente, como está encaminado á garantir el mayor respeto debido á su derecho de propiedad, es susceptible de una interpretación benigna y extensiva.

342. No están exentos de la servidumbre de conducción de aguas los caminos públicos, los ríos y arroyos que pueden ser atravesados por el agua que se conduce mediante la observancia de las leyes y reglamentos especiales (art. 601), pero están exentas las casas, los jardines, los corrales (art. 598).

Se discute si por casas ha entendido el legislador los edificios destinados á habitación, ó bien todo edificio aunque se trate de un establecimiento industrial, de un museo, etc. Elevándonos á los principios, la contienda se resuelve fácilmente conforme al espíritu de la ley.

La exención de la servidumbre concedida á las casas ¿constituye una disposición de *jus* común ó singular? Las servidumbres, en cuanto implican limitación del derecho de propiedad, pertenecen al *jus* singular; al disponer, pues, que las casas están exentas de una servidumbre dada se entra en el derecho común, y todo lo que se refiere á semejante derecho es capaz de una interpretación extensiva, pudiendo aplicarse de un caso á otro cuando se presente la misma razón para decidir. Ahora bien; el motivo por el cual las casas se han exceptuado de la servidumbre de acueducto no estriba sólo en la salud de los habitantes que se ha querido proteger, sino también en la seguridad misma del edificio al que podría perjudicar el acueducto. Como estas razones militan respecto de todo edificio, sea cual fuere su destino, todo edificio está exento de la servidumbre de acueducto.

En cuanto á los jardines, la ley no exige que estén cerrados para que estén exentos de la servidumbre de

acueducto; para que esta exención exista, basta su destino.

343. Al igual que en la servidumbre de paso, en la de acueducto ha lugar á indemnización en favor del propietario del predio sirviente, si bien con dos notables diferencias. La una consiste en que mientras en la servidumbre de paso hay derecho á ejercitarla aun cuando no se haya pagado la indemnización, la de acueducto no puede ejercitarse, si aquélla no se ha pagado, porque el art. 603 prohíbe al propietario del predio dominante construir el acueducto si antes no ha pagado la indemnización. La otra diferencia se advierte en que en la servidumbre de paso no se debe indemnización sino cuando por ella se cause un daño al predio sirviente, mientras que en la de acueducto es preciso pagar el valor en que se estima el terreno ocupado sin detracción de los impuestos y demás cargas del predio y con el sobreprecio del quinto, aparte del resarcimiento de los daños, entre los cuales se comprenderán los originados por la separación en dos ó más partes del predio y cualesquiera otros deterioros que éste sufra (art. 603). Añádese además en dicho artículo que, si además del terreno necesario para la construcción del acueducto, es preciso ocupar más para arrojar allí las materias provenientes de la limpieza del mismo, el terreno se pagará por la mitad de su valor con la adición del quinto y sin deducir los impuestos y demás cargas ordinarias. Se faculta, sin embargo, al propietario del predio sirviente para plantar y cultivar árboles y otros vegetales en el terreno ocupado con el objeto dicho, y para quitar y transportar también las materias allí depositadas si todo ello se ejecutase sin causar perjuicio del canal para su limpieza y reparación.

Surge una duda á propósito de esta última parte del art. 603, relativa á si la adición del quinto con respecto al terreno ocupado para colocar allí las materias extraídas en la limpieza del canal, debe añadirse al valor del predio, y así dar la mitad del uno ó del otro, ó bien, si la adición del quinto se debe por entero además de la mitad del valor ocupado.

Supongamos que el valor del predio ocupado sea diez; ¿deberá el que tiene derecho á la servidumbre pagar siete, esto es, la mitad del valor más el quinto de aumento, ó bien deberá pagar seis, esto es, la mitad de la suma que se obtiene acumulando la cifra del valor real á la del aumento del quinto?

Si el aumento del quinto no debiera pagarse por entero, sino por mitad, el legislador no habría usado semejante expresión, sino que habría dicho aumento de un décimo. Además, el aumento del quinto no se comprende al determinar la cifra del valor real del terreno ocupado, sino que se determina después de averiguada esta cifra; la reducción, pues, de la mitad, se refiere sólo á la cifra del valor y no á la que representa el aumento del quinto.

El cálculo de la suma que ha de pagarse por el que usa la servidumbre se hace del modo antes indicado, cuantas veces la servidumbre de acueducto se quiera imponer á perpetuidad ó por un tiempo mayor de nueve años. Si éste tuviera lugar por un termino menor de nueve años, la suma que haya de pagarse tanto en relación al valor como á los aumentos y á la indemnización, se reducirá á la mitad, con la obligación de poner las cosas, pasado el término, en el primitivo estado (art. 604).

Antes de que venza el término establecido para el paso temporal de las aguas, el propietario del predio

serviente puede convertirlo en perpetuo, pagando la otra mitad del valor con los intereses legales de la misma desde el día en que el paso se ha practicado; pero si el término hubiera pasado, la servidumbre perpetua no puede imponerse sino pagando todo el valor sin tener en cuenta lo ya pagado (artículo citado).

El pago de la mitad á que se refiere el art. 604 tiene lugar, sea cual fuere el tiempo por el que la servidumbre se concede, siempre que no exceda de los nueve años, y no se puede sostener con fundamento que el pago debe efectuarse en tal medida cuando el paso se pida por nueve años, y que en cambio debe determinarse por el prudente arbitrio del juez cuando la concesión de la servidumbre se pida por un término menor de los nueve años. El texto, en efecto, de la ley no se presta á semejante interpretación, puesto que en el término no mayor de los nueve años se comprende todo término menor; por otro lado, al establecer el legislador los derechos del propietario del predio sirviente con relación á la indemnización, ha querido rechazar todo arbitrio judicial, fijando por sí mismo la medida de aquélla; sería, pues, violentar abiertamente el espíritu de la ley, sostener que el magistrado pueda en algunos casos juzgar *pro bono et aequo*.

Si se piden sucesivamente varias concesiones temporales, es preciso pagar tantas veces la mitad de la indemnización fijada por la ley cuantas son las peticiones; ni puede darse el caso de que pedida la concesión temporal por la tercera ó cuarta vez, se pague el doble de cuanto se hubiere pagado, si desde un principio se hubiera obtenido la concesión perpetua.

Supongamos que yo he pedido el paso por diez ó más años pagando toda la indemnización establecida

por la ley; si enseguida quiero obtener que la concesión se haga perpetua, ¿estaré obligado á pagar por entero otra indemnización?

Es preciso distinguir si la petición se ha hecho por mí mientras dura la concesión temporal ó después que ésta hubiera expirado.

En el primer caso se debe, por razón de analogía, aplicar lo dispuesto por el art. 604, según el cual una vez obtenido un paso temporal por menos de nueve años y antes que el plazo haya terminado, se puede convertir el paso en perpetuo pagando la otra mitad del valor. Y como en el caso que examinamos ya estaría pagado por entero, no puede haber lugar al pago de la otra mitad, y por lo tanto, la concesión se hará sin obligar al propietario de un predio dominante á un nuevo pago. Si el término por el cual se otorgó la concesión hubiese expirado cuando la petición de la perpetuidad se propone, es preciso pagar una nueva indemnización, porque la imposición de esta nueva servidumbre es independiente de la primera, dado que el predio volvió á ser libre al expirar el término de la concesión.

La concesión perpetua no puede pedirse mientras dure la concesión temporal, si el que la pide no tiene un derecho perpetuo sobre el agua y sobre el predio sobre el cual quiere conducirla, porque el art. 692 obliga al que pide la concesión, á justificar que puede disponer del agua por el tiempo por el cual pide el paso.

344. Expirada la concesión temporal, el concesionario está obligado á poner las cosas en el primitivo estado (art. 604), pero impuesta esta obligación á favor del propietario del predio sirviente, éste puede renunciar á su derecho si prefiere retener la obra

construida, sin que el propietario del predio dominante pueda pretender recoger los materiales, por la sencilla razón de que el propietario del predio sirviente se ha hecho, por derecho de accesión, propietario de la obra construida en el mismo.

Supongamos que, obtenida la concesión perpetua, la servidumbre cesa, sea por no poder conducir el agua al canal, sea por no poder hacer uso de la misma, ó por, cualquier otro motivo, ¿estará el concesionario obligado, en virtud de lo dispuesto por el art. 604, á volver las cosas á su primitivo estado?

Esta disposición legal sólo es aplicable en el caso en que se hubiere pagado la mitad del valor, y así no puede extenderse al otro caso en que el concesionario hubiere pagado toda la suma.

Fácilmente se comprende la razón de todo esto.

En el primer supuesto, el propietario no ha recibido más que la mitad del valor del predio ocupado; así, es justo que se le restituya á su primera condición para que el propietario pueda aprovecharlo. En el segundo supuesto, en cambio, el propietario ha recibido todo el valor del predio ocupado, y así no puede el concesionario tener ninguna obligación respecto del mismo.

Pero si el concesionario no está obligado á remover la construcción, puede ésta hacerse por el propietario del suelo en virtud del pleno derecho que le corresponde sobre el mismo, luego que ha cesado el peso de la servidumbre; pero no puede proceder á esta demolición el concesionario si el propietario del suelo se opone, porque extinguida la servidumbre no conserva aquél derecho alguno sobre el predio ajeno.

Si el propietario del predio, después de impedir al concesionario volver las cosas á su primitivo estado, procede á la demolición del acueducto, ¿podrá hacer

suyos los materiales, y estará obligado, en caso afirmativo, á pagar su valor?

El constructor del acueducto no puede reclamar semejantes materiales, ya porque la disposición del artículo 604 no está escrita en su interés, sino en el del propietario del predio, ya porque los materiales pertenecen por derecho de accesión al propietario del predio en que se ha edificado; hay, pues, que reconocer á éste el derecho de retenerlos. Sin embargo, como el propietario del predio sirviente ha percibido el valor del suelo ocupado por el acueducto, ó indemnización por todos los daños, no hay motivo alguno para que retenga sin pagar los materiales de que quiere aprovecharse, siendo aquí aplicable el principio de que á nadie es lícito enriquecerse á costa de otro.

Si el concesionario del canal procediese á poner las cosas *in pristinum* por exigirlo el propietario del predio según el art. 604, este último no tiene derecho á exigir, ni aun previo el pago, los materiales de la construcción; porque al obligar á quien edificó á demoler, se entiende que no quiere retener la obra ni apropiarse los materiales.

345. La servidumbre de paso, según hemos visto, se extingue si el propietario del predio aislado adquiere otro contiguo con salida á la vía pública; ¿se deberá estimar por analogía que la servidumbre de acueducto cesa, si el propietario del predio á quien favorece, adquiriese otro que una al predio dominante con aquel de donde el agua se deriva?

Siendo este un modo especial de cesar la servidumbre de paso, si el legislador hubiera querido aplicarlo á la de acueducto hubiera debido decirlo; su silencio da motivo suficiente para considerar que la servidumbre impuesta continúa.

Por otro lado, es preciso considerar que la servidumbre de simple paso no implica un gasto para quien la ejercita, el cual no está obligado á pagar el valor del suelo ocupado por el paso; mientras la de acueducto implica un gasto que hasta puede ser muy respetable, de construcción, y además somete á quien la construye á la obligación de pagar el valor del suelo ocupado y algo más.

Ahora bien; siendo esto así, ¿no sería enormemente gravoso para el propietario del predio dominante tener que soportar un nuevo gasto para la construcción de otro canal ó acueducto? Creemos que este haya sido el motivo por el cual el legislador no ha aplicado á la servidumbre de acueducto la disposición del artículo 596.

Esta servidumbre, sin embargo, puede extinguirse según los modos por los cuales se extingue toda otra servidumbre. En su virtud, si el propietario del agua ya no puede hacer uso de ella; si aquélla se hubiere perdido ó fuere imposible hacerla correr por el canal ya construido, la servidumbre de acueducto se extingue sin que el propietario del predio sirviente esté obligado á restituir toda ó parte de la indemnización recibida por no imponer la ley tal obligación. Si después se readquiriese el derecho á conducir las aguas, nace la necesidad de una nueva servidumbre; no continúa la precedente ya extinguida, lo cual exige pagar al propietario del predio sirviente una nueva indemnización.

346. Es consecuencia necesaria de la servidumbre de acueducto la que se refiere á la necesidad de descargar las aguas sobrantes, porque se perjudicarían grandemente los intereses de la agricultura y de la industria si las aguas hubieran de quedar estancadas en

el predio para cuyo uso conveniente se destinan; y lo que importa más: sería imposible contener eternamente las aguas en un predio porque éste no pudiera arrojarlas directamente en un río, arroyo ó canal público. En vista de esto, dice el art. 606 que las disposiciones legales relativas al paso de las aguas se aplican al caso en que aquél se pidiere para descargar las sobrantes que el vecino se negare á recibir en su predio.

La servidumbre de desagüe á que se refiere este artículo, no se debe confundir con la impuesta al propietario del predio inferior en virtud de la situación de los lugares de recibir las aguas que corren naturalmente del predio superior.

Esta última servidumbre se refiere á las aguas que corren naturalmente, sean ó no utilizadas, por el predio del que provienen, y no da lugar á indemnización alguna. Por el contrario, la servidumbre de que tratamos no se puede imponer si no concurren las mismas condiciones exigidas para la servidumbre de acueducto. En su virtud, es necesario que el agua cuya salida se pida en suelo ajeno, haya servido para los usos de la vida ó para las necesidades de la industria ó de la agricultura, porque á nadie es lícito introducir en su predio, sin utilidad alguna, una cantidad de agua, cualquiera que sea, para procurarse un placer ó tener el gusto de perjudicar al propietario vecino, obligándole á recibir las sobrantes en su predio. Se exige, en segundo lugar, el pago de una indemnización calculada con los mismos criterios que la ley prescribe para la servidumbre de acueducto. Por último, en cuanto al lugar ó al predio sobre el cual puede constituirse esta servidumbre, ha de determinarse aplicando las mismas normas que regulan la imposi-

ción de acueducto: no se puede, pues, pretender que el predio de nivel inferior esté obligado á recibir el sobrante de las aguas, sino que el paso deberá hacerse sobre el predio en que resulte de una manera más breve y con menos daño para el propietario del predio sirviente. Así, si practicando una excavación sobre el predio superior al mío puedo hacer que las aguas sobrantes algún de suerte que con poco curso se unan á aguas públicas sin causar grave daño al cultivo del predio mismo, este paso deberá preferirse al que pudiera obtenerse en el predio inferior, y el cual exigiría un mayor recorrido causando además mayores daños.

Esta servidumbre puede constituirse respecto de cualquier clase de agua, ya se extraiga ésta del predio mismo para usos industriales y agrícolas, ya se introduzca en él con el mismo objeto tomándola de otros predios ó de ríos, canales, etc. (1).

Puede ocurrir que el agua que quiera llevarse hacia el predio ajeno no sirva por sí misma para usos de la vida, industriales ó agrícolas, pero que en cambio el hacerla salir hacia el predio, sea el medio necesario para conseguir un fin agrícola ó industrial; en este caso, también procede la servidumbre del art. 606. Supongamos que para explotar una mina existente en mi predio, necesito sacar de él las aguas que en el mismo se encuentran; si el vecino pudiese negarse á dar paso á las mismas á través de sus predios, la mina no podría explotarse perjudicando así á la industria; es necesario, pues, que previas las debidas compensaciones, mi vecino se resigne en ese caso á dar paso á mis aguas por su propiedad.

El Tribunal Supremo de Palermo, que ha reconoci-

---

(1) V. Apel. Nápoles, 3 Jul. 1880.

do semejante derecho al arrendatario que quisiera explotar una mina, dice lo siguiente: «El Código rodea de privilegios y de garantías el sagrado derecho de la propiedad. Pero condena el egoísmo y el capricho de aquel propietario que, sin experimentar ningún daño ó aunque sea sufriendo leve perjuicio es indemnizado, pretende oponerse á las especulaciones agrarias é industriales de los predios vecinos que pueden ser mejorados, ya sea aprovechando las aguas de riego, ya librándolos de las sobrantes. El principio que informa el título de las servidumbres en estos casos, es este tan solo: conciliar del modo más equitativo los miramientos debidos á los derechos de propiedad con los mayores beneficios que puedan originarse para la agricultura ó para la industria del uso á que el agua está destinada ó quiera destinarse, entregando, cuando sea preciso, á uno ó á otro de los propietarios las indemnizaciones que les sean debidas» (1).

347. En el art. 607 se contiene una disposición común á la servidumbre de acueducto y á la de desagüe, concebida en estos términos: «El propietario del predio sirviente podrá hacer que se determine de una manera estable el lecho del canal, estableciendo límites correspondientes á señales fijas. Sin embargo, si no hubiese hecho uso de esta facultad en el periodo de tiempo de la primera concesión del acueducto, deberán sufragar la mitad de los gastos necesarios.»

El propietario en cuyo predio el agua se conduce ó se desagua tiene el derecho de prevenirse contra cualquier daño, y además de impedir que se introduzca una cantidad mayor de agua, sea en el canal conductor, sea en el de salida. Al logro de este intento se

---

(1) Sent. 15 Jun. 1869.

refiere la indicada disposición; porque establecido de un modo invariable el lecho del canal, además de prevenirse el propietario del predio sirviente contra toda posible excavación producida por el agua corriente en su suelo, tiene siempre el medio fácil de comprobar si se introduce en el mismo la cantidad de agua á que se tiene derecho, ó una cantidad mayor.

Los gastos necesarios para la colocación de señales fijas serán soportados por el que usa la servidumbre, si el propietario del predio sirviente lo pide antes de que sean ultimados los trabajos; serán á cargo de los dos propietarios, si la petición se hiciere cuando la servidumbre estuviere en ejercicio.

348. Hasta ahora hemos examinado la servidumbre de conducción de aguas en las relaciones entre el propietario del predio dominante y el del predio sirviente; pero de la conducción de las aguas y de su salida pueden derivarse otras relaciones con respecto á terceros poseedores de predios contiguos al paso del agua, las cuales dan vida á una tercera especie de servidumbre, á que nos hemos referido ya al principio de este capítulo.

Supongamos que en mi predio construye otro un canal para conducir sus aguas de suerte que lo divida en dos partes, ó bien que el predio sobre el cual ejerce el derecho de paso para llegar á mi propiedad estuviere cruzado por un canal conductor de aguas de suerte que yo no pueda llegar á mi predio sino atravesando el canal mismo. Supongamos también que un canal construido en mi propiedad, sea obstáculo para que yo pueda conducir las aguas de que yo dispongo, y que han regado la parte superior ó la parte inferior del terreno, para utilizarla con el mismo objeto; ó bien el canal que atraviesa el predio de mi vecino sea un

obstáculo para el libre paso de las aguas sobrantes de mi predio. En estos casos, ¿debo yo hacer por mi cuenta el puente necesario, tanto para unir las dos partes de mi predio cuanto para llegar al mismo, ó estaré también obligado á construir un nuevo acueducto ó canal subterráneo para que mis aguas pasen libremente?

La ley no me impone esta obligación, porque parte del principio de que, quien crea voluntariamente una necesidad para otro, debe procurar los medios de satisfacerla; así, en el art. 608 se dispone, que los gastos necesarios para la construcción de las obras indicadas y relativas, tanto al paso de los propietarios de los predios contiguos al agua, cuanto al de las aguas de que los mismos pueden disponer, deben sufragarlos todos los que se sirven del agua conducida por el canal en proporción del beneficio que obtienen, y dejando á salvo los derechos derivados del contrato ó de prescripción.

La determinación del beneficio que cada uno de los que usan la servidumbre, obtiene del agua, para fijar su cuota en los gastos de las obras indicadas, es cuestión de apreciación, que no puede resolverse sino teniendo en cuenta en cada caso, las circunstancias del mismo, y los diferentes usos á los cuales el agua se destina por cada propietario de la misma. En el supuesto que uno de los que usen el agua sea el mismo que pide el paso para sí ó para sus aguas á través de canal construido, ¿es aplicable lo dispuesto por el artículo citado?

No creemos que ofrezca duda la respuesta afirmativa; porque lo dispuesto por el art. 608 está concebido en términos generales, sin distinguir si entre los que usan el agua se comprende ó no el propietario del

predio en cuyo interés se reclama las obras de que tratamos.

Por otro lado, no hay razón alguna para imponer á este último todos los gastos, mientras el canal que le sirve de obstáculo y respecto del que son necesarias las obras, no sólo le aprovecha á él, sino á los demás, ni tampoco hay motivo para cargar todos los gastos á los otros, liberando al propietario que reclama la obra del pago de la parte que le corresponde en atención al beneficio que del canal obtiene. Una solución práctica, en la hipótesis que suponemos, puede presentarse cuando en un canal que otro ha construido sobre mi predio pueda yo introducir las aguas que son mías y que quiero usar.

La convención y la prescripción derogan lo dispuesto por el artículo que examinamos; así, pues, si el conceder el paso á través de mi predio, se hubiere convenido algo respecto de las obras que hayan de ejecutarse en mi interés, el convenio y no la ley, es quien determina las relaciones entre el propietario del agua y yo. Del propio modo, si existen algunas obras por el tiempo exigido para la prescripción, ó en este mismo tiempo se hubiere seguido una práctica constante con respecto á la manera de contribuir á los gastos necesarios, los diferentes derechos se determinarán en este caso según la prescripción.

Las obras á las cuales están obligados los que usan del agua en virtud del art. 608, no deben hacerse á arbitrio de quien las pide y en el lugar que mejor le plazca; sino que el juez procurará armonizar los intereses de quien tiene derecho á estas obras, con el menor gasto posible, con la mayor facilidad del paso y con el menor daño de quienes de las aguas usan.

Queda una duda que no queremos pasar en silen-

cio. Lo dispuesto por el artículo citado, ¿se aplica con relación á las corrientes de agua naturales de que cada ribereño tiene derecho á aprovecharse?

El intérprete debe distinguir, como el legislador, el acueducto ó canal artificial, para conducir las aguas, de la corriente natural de aguas. De esta última ha tratado el legislador en el capítulo relativo á la servidumbre de acueducto y no en un capítulo que puede referirse indistintamente á toda servidumbre, por lo cual, la disposición en el mismo contenida, no puede menos de referirse á las corrientes artificiales de agua y no á las naturales. Por otro lado, si el agua que atraviesa un predio, corre naturalmente sin necesidad de la obra del hombre, y yo no puedo negarle el paso, porque los predios inferiores están obligados á recibir las aguas que discurren naturalmente desde los predios superiores, fácilmente se ve, que yo no puedo tener título alguno respecto de nadie, para obligarle á que concurra á participar de los gastos necesarios para las obras que exigen las necesidades de mi predio.

349. La desecación y la bonificación de los predios, no podían ser abandonadas por el legislador, ya que éste se preocupara del riego que desde el punto de vista agrícola, tiene menor importancia. En efecto; mientras con el riego lo que se hace es aumentar la fuerza productiva del suelo, con el desecamiento y la bonificación, sedá un valor productivo al predio que antes no tenía, quitando por el uno el elemento que hace infecundo al suelo, y procurando con el otro, el elemento fecundante.

Ahora bien; si con el propósito de mejorar el cultivo de los predios se limita el derecho ajeno de propiedad, con mayor razón puede imponerse una limitación justísima, cuando se trata, no ya de mejorar los

elementos productivos que se tenían, sino de crear otros nuevos. Así, dispone el art. 609 que «el propietario que quiera desecar ó abonar sus tierras por medio de zanjás, fosos ú otros medios, tendrá derecho, previo el pago de la indemnización y haciendo el menor daño posible, á conducir por zanjás ó tarjeas las aguas sobrantes á través de los predios que separan sus tierras de un curso de agua ó de cualquier otro sumidero.

Las zanjás y malecones responden á dos distintos medios de saneamiento, considerados por el artículo que examinamos. Las primeras se efectúan con relación á terrenos palúdicos y cuando se quiere conseguir la desecación de los mismos; los segundos se aplican cuando se quiere sobreponer en el suelo estéril una parte de terreno vegetal conduciendo al mismo determinadas aguas y haciéndolas salir cuando después de haber permanecido quietas por algún tiempo hayan depositado el cieno que contenían.

No importa, según el espíritu de la ley, que el agotamiento ó el anegamiento de un terreno se haga con un objeto agrícola ó industrial; el artículo que examinamos no distingue, y el intérprete no puede introducir á su arbitrio esa distinción. Suponiendo, pues, que yo quiera desecar mi predio, con el objeto de servirme de las aguas para las necesidades de la vida, ó para mover una máquina, tengo derecho á exigir la servidumbre que la ley me concede.

Adviértase además que la servidumbre legal jamás se impone, como no sea para conseguir un fin que tenga utilidad práctica.

Si la servidumbre de desagüe puede exigirse cuando se trate de un interés agrícola ó industrial, ó cuando sea el medio de atender á las necesidades de la

vida, en cambio no puede pretenderse cuando no presente alguna utilidad; por lo que, si yo quiero desecar las capas inferiores de mi predio sin que con tal operación obtenga ventaja alguna, la producción de la capa superior, ó sin emplear el agua extraída en una industria ó en la satisfacción de las necesidades de la vida, no puedo pretender la servidumbre de que se trata que no tendría otro fin que el de imponer á otros un gravamen sólo para satisfacer un capricho mío.

350. El art. 609 sólo habla del propietario, y sólo á él le concede el derecho de pedir la servidumbre de que estamos ahora hablando. Debe equipararse con el propietario el enfiteuta que tiene un derecho de dominio sobre el predio y que no está obligado, por la naturaleza del contrato, á conservar el destino de éste; así, pues, puede desecar ó anegar el terreno enfiteutico pidiendo la servidumbre para dar salida á las aguas. Mas, ¿puede decirse otro tanto con relación al arrendatario, usuario y usufructuario?

Aparte la consideración de que por lo común el desecamiento ó el anegamiento del predio implica un cambio en su destino, lo que no se comprende en los límites de los derechos que corresponden á las personas indicadas, es preciso fijarse en la diferencia de expresión que se advierte, comparando el artículo que examinamos, con el 598.

En este último se concede la servidumbre de paso para las aguas á quien tenga el derecho de servirse de las mismas aunque sea temporalmente; en cambio, en el art. 609 se habla tan sólo del propietario del predio. Ahora bien; si la disposición del primero puede aplicarse al arrendatario, al usuario y al usufructuario, no puede aplicarse á las mismas personas la disposición contenida en el segundo, porque sabido es

que bajo la denominación de propietario, no pueden comprenderse las personas indicadas.

Y tienen, en verdad, las disposiciones legales, concebidas de manera tan distinta, una razón harto plausible.

La simple servidumbre de acueducto que hoy existe, mañana puede cesar sin inconveniente alguno para el predio, antes bien, permaneciendo éste en el estado en que se encontraba cuando el poseedor lo recibiera á título precario; por lo que no hay inconveniente en que se haya podido atribuir, con relación á la misma, un derecho aun á quien tiene respecto del predio derechos temporales.

No ocurre lo mismo en los otros casos. El arrendatario ó el usuario ó el usufructuario que emprenden las operaciones á que nos referimos, no pueden, en los términos del arrendamiento, uso ó usufructo, dejar las cosas en su primitivo estado; antes bien, dichas operaciones continúan subsistiendo y produciendo sus efectos pasados aquellos términos. Concediendo, pues, á los mismos el derecho de constituir la servidumbre para la ejecución de las obras indicadas, se autorizaría la disposición del predio, aun en el tiempo en que todos sus derechos sobre el mismo han cesado, siendo esta la razón de por qué el legislador ha querido que lo dispuesto por el art. 609 fuese aplicable tan sólo, al propietario del predio que se quiere desecar ó anegar.

351. La servidumbre que examinamos consiste en hacer pasar la salida de las aguas, en caso de desecamiento ó anegamiento, sobre el predio del vecino ó de los vecinos á fin de alcanzar un curso de agua ó cualquier otro sumidero. Si se trata de anegar el predio, el desagüe no puede verificarse si las aguas no han sido llevadas á aquél; por lo que puede darse el caso de

que la servidumbre indicada implique la del paso de las aguas por medio de acueducto. Sin embargo, cuando sea preciso constituir este último, ha de regularse, no por el art. 609, sino por el 598, siéndole aplicables todas las disposiciones relativas á la servidumbre de acueducto, tanto respecto de la indemnización, como al modo de ejercitar aquélla.

Si yo soy poseedor de un predio lindante con un curso de agua, puedo desviar el agua turbia del mismo para conducirla á otro predio mío, y si fuese necesario hacer pasar el agua sobre el predio contiguo del propietario *b* para llegar á otro mío que quiero anegar, puedo pedir á éste la servidumbre de acueducto.

En cuanto al lugar y al predio en que la servidumbre de desagüe debe ser impuesta, son aplicables los criterios combinados de la brevedad y facilidad del paso de las aguas y del menor daño posible, tanto respecto del predio sirviente, como con relación al que se quiere desecar ó abonar.

Corresponde al magistrado tener en cuenta todas las circunstancias necesarias para resolver, mediante la aplicación de semejantes criterios, las controversias que pueden suscitarse acerca del predio ó la parte del mismo en que se haya de establecer la servidumbre indicada.

El pago de la indemnización debe proceder á la imposición de la servidumbre, pero ¿cómo se determinará aquélla?

El art. 609 se limita á decir, *previo el pago de la indemnización*.

Ahora bien; si para valuar esta indemnización, debieran, según la intención del legislador, aplicarse los criterios establecidos por el art. 603 para la servidumbre de acueducto, se hubiera hecho alguna referencia

á este artículo en el que comentamos; pero como la referencia no existe, debe estimarse que la determinación de la indemnización, se hará según los principios generales, teniendo en cuenta el valor real del predio ocupado y los daños que se le originan, sin aumento alguno. Nos afirma más en esta opinión el hecho de que el legislador, cuando ha querido aplicar á la servidumbre que examinamos alguna disposición de la de acueducto, lo ha indicado expresamente.

En efecto; el art. 611 dispone, que para la ejecución de las obras indicadas en los artículos anteriores, son aplicables las disposiciones del art. 598 (en el cual se exceptúa de la servidumbre de acueducto las casas, jardines, etc.), y las de los artículos 600 y 601 relativos al paso de canales, caminos, ríos y arroyos. Según esto, no haciéndose en el art. 603 referencia alguna á los criterios para determinar la indemnización, es seguro que el legislador no ha querido aplicarlos á la servidumbre de que hablamos.

Por nuestra parte, añadiremos que nos parece razonable esta aplicación de diversos criterios según los casos. Hemos, en efecto, indicado, que el desecamiento y abono son para la agricultura de un interés mayor que el riego, y es fácil advertir también, que estos trabajos interesan además á la salud pública, en cuanto purifican la atmósfera impidiendo las emanaciones nocivas. Resultando, pues, los intereses generales mayormente favorecidos con los trabajos de saneamiento comparados con los relativos á los del riego, el legislador ha querido facilitarlos, obligando á quien los ejecute, al pago de una indemnización correspondiente tan sólo al valor del suelo ajeno ocupado, y sin necesidad de pagar los aumentos á que se refiere el art. 603.

352. Abierto un canal para la salida de las aguas,

el interés general de la agricultura exige que si otros propietarios se encuentran en la misma condición que aquel que deseca ó anega un terreno, puedan servirse del mismo para dar la salida á las aguas de sus predios (art. 610).

Debe sobreentenderse, sin embargo, que aquellos que quieran aprovecharse del canal ya construido, deben tener derecho de conducir sus aguas por el predio en que el canal se encuentre, porque si las aguas de sus terrenos pueden ser llevadas directamente al sumidero sin atravesar ninguna propiedad ajena, ó pueden ser conducidas á otro lugar más cercano, más adecuado y menos dañoso, no hay razón para gravar, sin utilidad alguna, la servidumbre ya existente y á cargo ya de un predio.

En este punto es preciso advertir, que cuando varios propietarios están interesados en los trabajos necesarios para dar salida á las aguas de sus predios, pueden, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 127 al 131 de la Ley de Obras públicas, ser obligados á constituirse en comunidad, y atender así colectivamente, y con arreglo á las normas que la misma ley citada indica, á la construcción de las obras que para el objeto se necesiten.

Volviendo ahora al art. 610 del Código, para poder ser admitidos los otros propietarios á beneficiarse de los trabajos ya hechos por un tercero á fin de sanear sus predios, es necesario que de esto no se origine ningún daño á los predios ya saneados, y que soporten los gastos necesarios para modificar las obras exigidas para hacerlos servir al nuevo fin, y que además paguen una parte proporcional de los gastos hechos y de los exigidos, para la conservación de las obras que se han hecho comunes.

Es preciso advertir, que el hecho de servirse de obras existentes con la intención de desecar ó bonificar otros predios, no es una facultad cuyo ejercicio dependa del prudente arbitrio del juez, sino un derecho que no puede negarse, siempre que concurren los extremos que la ley exige.

353. Si un tercero hubiere adquirido el derecho de tomar las aguas de un terreno pantanoso, ¿de qué manera se conciliarán los derechos de aquél con los del propietario del predio mismo que quiere desecarlo?

El art. 612, que se refiere á este caso, dispone: «Si se opusiese alguno á la desecación de un terreno pantanoso, con derecho á las aguas que del mismo se derivan, y si, con los trabajos necesarios que implicasen un gasto proporcional al objeto, no se pudiesen armonizar los intereses de las dos partes, se autorizará aquélla mediante una indemnización conveniente al que se opone.»

El interés de la desecación de los predios, según se ha notado, es superior al de su riego; el legislador procura conciliarlos hasta donde es posible, pero cuando la conciliación no puede conseguirse, hace que prevalezca el primero sobre el segundo, teniendo en cuenta precisamente el que es más importante.

Los dos intereses son conciliables, mientras que con un gasto proporcional al fin se puede, al mismo tiempo que se deseca el predio, encontrar modo de no privar del agua al que tiene derecho. La proporción de los gastos con su objeto, respecto de la cual el legislador no señala ningún criterio para fijarla, se debe determinar, no tanto con relación al precio del predio que goza del beneficio del agua, como con respecto al que se debe desecar; así, pues, si un gasto de diez

puede encontrarse proporcionado al objeto con relación á un predio que vale ciento, puede el mismo encontrarse desproporcionado, con relación al predio que tenga un valor muy inferior. Déjase, por tanto, al prudente arbitrio del juez definir si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, el gasto necesario para dejar á salvo el interés del que tiene derecho al agua, se debe ó no considerar proporcionado á su objeto.

En todo caso, opinamos que si fuese posible dejar á salvo los derechos ajenos al agua del terreno pantanoso, y el que tiene semejante derecho soportase los mayores gastos necesarios con relación á la suma á que esté obligado el propietario del predio que se quiere sanear, no debe privársele de las aguas, y así puede exigir que se hagan las oportunas obras.

Cuando el interés del que tiene derecho á las aguas, debe ceder el paso al del propietario que quiere desecar, la indemnización que haya de concederse al pri- debe ser proporcionada al daño que experimenta por mero, la falta del agua de que podía disponer. Tal indemnización no puede ser reducida con relación al valor no elevado del predio saneable, porque no es justo que el valor de éste se aumente á cargo de quien gozaba del beneficio del agua. Quien, por tanto, emprende una obra de saneamiento verá, antes de lanzarse á la misma, si le conviene indemnizar á aquellos que tengan derecho de disponer de las aguas derivadas de su predio, por los daños que habrán de experimentar con la falta de las mismas; y si encuentra que no le conviene cargar con semejante peso, desistirá del ideado propósito.

Si los terceros no tienen derecho á tomar las aguas del terreno ajeno, pero hubieren adquirido el de pescar en el lago ó en el estanque, el propietario de éste

podrá siempre proceder á las obras de saneamiento, con la obligación de indemnizar á los terceros por el daño que experimentasen al no poder ejercitar más sus derechos.

354. La última especie de la servidumbre de acueducto es la que consiste en apoyar en la orilla ajena una exclusiva, dique, parada, ó valla para tomar las aguas de un río, arroyo, lago ó estanque (art. 613).

Como desde luego se advierte, esta servidumbre á que ahora nos referimos, es harto más restringida que la de acueducto; pero aun siendo distinta, ambas pueden coexistir al propio tiempo.

Supongamos, en efecto, que yo pretendo el derecho de tomar el agua de un río de dominio público del punto *b*: si el predio en que existe el punto de toma pertenece á Ticio, y entre él y el mío hay otro predio de Sempronio, podré apoyar en el primero mi dique ó exclusiva y construir en el otro el acueducto para conducir las aguas á que tengo derecho, siempre que ésta sirva para satisfacer las necesidades de la vida, de la agricultura ó de la industria.

El art. 613 obliga al constructor del dique ó exclusiva á hacer ó conservar las obras necesarias para asegurar á los predios de todo daño y á pagar la indemnización. No haciéndose, á propósito de esta última, por la ley y no con arreglo á los especiales del artículo citado referencia alguna al art. 598, la indemnización se debe fijar con arreglo á los criterios generales.

Si la orilla estuviese constituida por el muro de un edificio ó jardín, ¿podrá imponerse esta servidumbre y apoyar en él por tanto la exclusiva?

Creemos que sí, porque cuando el legislador ha querido exceptuar los predios indicados de la servidum-

bre relativa á la conducción de las aguas, lo ha dicho expresamente, y así puede verse tal excepción establecida en el Código, tanto con relación á la servidumbre de acueducto como con respecto á la de desagüe artificial.

El silencio del legislador indica de un modo suficiente, que no se ha querido mantener la excepción á que nos referimos, con respecto á la servidumbre de que estamos hablando.

Y no deja de haber motivo para que no se aplique en el presente caso la excepción señala.

El apoyo, en efecto, se verifica en la parte exterior del edificio, y aparte de que con un contrafuerte puede garantizarse la seguridad del mismo, semejante apoyo no entraña la molestia que supone por necesidad la construcción y el aprovechamiento del acueducto. Hay, pues, como se ve, una razón plausible para no aplicar la excepción establecida con relación á las servidumbres de acueducto y de desagüe artificial, á la servidumbre de apoyo de un dique ó exclusiva.

Si este apoyo se hubiera hecho bajo el imperio de una ley que no lo permitía, no puede pedirse su demolición después de publicado el código patrio, porque como advierte el Tribunal de Apelación de Nápoles (1), la cosa *incidit in eum casum a quo incipere poterat*; ni la justicia ni el buen sentido consienten, en efecto, que se destruya hoy lo que puede reedificarse mañana.

354 bis. El derecho á la servidumbre de que nos ocupamos presupone ya adquirido el de tomar el agua.

Este derecho puede corresponder de varios modos. Si, por ejemplo, un agua, no de dominio público, discurre ante mi predio, tengo el derecho de tomarla, y

---

(1) Sent. 23 Oct. 1863.

en este caso si me es preciso construir un dique ó esclusa, puedo apoyar mi obra en la orilla del propietario que linda por la otra margen del curso de agua.

Del propio modo, si por el propietario de la fuente se me concede el agua ú obtengo concesión de agua de dominio público, también en estos casos puedo apoyarme en la disposición contenida en el artículo que examinamos.

En todo caso, la obra que yo ejecute no debe causar perjuicio á otro, por no ser lícito á nadie procurarse ningún beneficio con daño ajeno.

El artículo 614 dispone á este propósito lo siguiente: «Los que tengan derecho á la derivación y uso de las aguas con arreglo al artículo anterior, deben evitar á los usuarios superiores é inferiores todo perjuicio que pueda provenir del estancamiento, rebose ó toma de aquéllas. Aquellos que hayan causado tales perjuicios están obligados al resarcimiento de los daños, y obligados á los gastos establecidos por los reglamentos de policía rural.»

Concediéndose la servidumbre de que habla el artículo 613, con la obligación de evitar el perjuicio entre los usuarios superiores é inferiores del curso de agua, la consecuencia derivada del incumplimiento de semejante obligación, no sólo es la de resarcir el daño causado por la obra ejecutada, sino la de modificar la obra para evitar el perjuicio en lo sucesivo, porque quien experimenta injustamente un daño, tiene derecho á exigir que la causa del mismo desaparezca. Si la obra, de cualquier modo que se construya, produjera necesariamente un perjuicio á los demás que tienen derecho á servirse del agua, consideramos que no se tiene derecho de hacerla y de conservarla, ya porque el usuario del curso del agua debe servirse de

ella de modo que no perjudique á los demás que tienen el mismo derecho, ya porque en virtud de lo dispuesto por los artículos 613 y 614 la servidumbre de apoyo se entiende concedida á condición de que no perjudique á los demás usuarios del agua.

Concedido por el Estado el derecho de tomar un agua de dominio público, la concesión, según dispone el art. 615, se entiende siempre hecha sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos sobre el agua misma, por lo cual el concesionario, al ejecutar las obras de que habla el artículo 613, no debe lesionar semejantes derechos.

---

## CAPITULO V

### DE LA SERVIDUMBRE LEGAL DE LUCES Y VISTAS

SUMARIO: 355. Concepto de la servidumbre de luces y de vistas. En qué se diferencian.—356. No se pueden abrir luces y vistas en muro medianero. Qué ocurre si éste es en parte común y en parte propio. Qué ocurre si uno de los propietarios le hubiere levantado.—357. Al demolerse el edificio contiguo no se adquiere el derecho de abrir luces en el muro divisorio común. Qué ocurre si el área del edificio demolido se hubiere convertido en vía pública.—358. Las disposiciones de la ley se aplican á los muros medianeros construidos antes de la publicación del Código *Quid* con respecto á los huecos existentes en ellos al promulgarse la nueva ley.—359. En la pared propia contigua al predio ajeno se pueden abrir luces pero no vistas directas. Motivos de esta disposición.—360. Las luces deben estar provistas de una reja de hierro y tener vidrieras fijas. Espesor de las rejadas. Cuándo se reputa fija la vidriera.—361. Altura exterior é interior de las luces. La altura interior difiere según que se trate de pisos superiores ó de piso terreno. Razón de la diferencia. Suelo en pendiente. Cómo se mide la altura de las luces. *Quid* si ocurriera un cambio en el piso del vecino ó en el nivel del pavimento. Qué se entiende por suelo del vecino.—362. Si pueden abrirse ventiladores en los subterráneos aun cuando no sea la altura exterior de dos metros y medio del suelo vecino.—363. La existencia de luces en el muro propio no impide al vecino que aquel se convierta en medianero. Con qué condición.—364 Si en el muro propio contiguo al predio ajeno se tienen vistas directas puede adquirirse por prescripción la servidumbre de vistas. Cuándo se considera á este efecto el hueco abierto de vistas y no de luces.—364 bis. Qué ocurre si las luces ó vistas se hubieran abierto bajo el impe-

rio de las anteriores legislaciones. Si y cuando constituyen las mismas servidumbres.—365. Dada la servidumbre de luz con relación al muro medianero y la de vistas con relación al propio el vecino no puede edificar á menor distancia de tres metros. Cómo se calcula de frente semejante distancia.—365 *bis*. Si debe observarse la distancia por debajo de la ventana ó vista.—365 *ter*. Si se puede apoyar el edificio en la parte del muro en que no están las vistas, dejando tres metros distancia, tanto de frente, como al costado de las mismas. 365 *quatuor*. La distancia de tres metros se observa sólo con relación á las vistas directas y no para las oblicuas.—365 *quinto*. Si las vistas se pueden obscurecer ó disminuir con una construcción que no sea un muro. Cuestión respecto á la plantación de árboles.—366. A qué distancia del predio vecino se pueden abrir vistas en el muro propio. Qué se entiende por vistas. Vistas directas y oblicuas.—367. Cómo se mide la distancia en unas y en otras. Varios supuestos. Solución. *Quid* si entre los huecos y el predio ajeno existe un muro más alto.—368. Las distancias legales no se observan cuando la vistas son sobre una vía pública. Cuándo se consideran tales. Esta excepción se aplica en favor de ambos vecinos. Qué ocurre si entre los dos propietarios existe una senda perteneciente á un tercero ó común á ambos colindantes.—369. Las distancias legales en materia de vistas deben observarse por ambos propietarios. *Quid* si por prescripción se hubiere adquirido el derecho de tener sobre el predio del vecino vistas directas sin la distancia legal.

355. Para comprender más fácilmente las disposiciones legales que comentamos en este capítulo, conviene ante todo señalar el carácter y explicar en qué consisten las servidumbres de luces y de vistas.

Cuando la ley permite al propietario abrir en su muro luces ó vistas, no quiere con esto establecer una servidumbre á cargo del vecino, porque cuanto se hace *jure proprietatis* no puede confundirse con lo que se ejercita *jure servitutis*.

La propiedad es el derecho de disponer de la cosa propia del modo más absoluto, siempre que no se infrinja la ley. Así, cuando el legislador no sólo no pro-

hibe, sino que permite al propietario hacer alguna obra en lo suyo, no impone una servidumbre, sino que declara hasta dónde puede extenderse el ejercicio del derecho de propiedad.

Por el contrario, cuando la ley prohíbe abrir una luz ó vista, la prohibición implica la restricción del derecho de propiedad con relación á un predio en beneficio de otro predio vecino, habiendo así una servidumbre. En este caso, el predio sirviente es el del propietario á quien se refiere la prohibición. Suponiendo ahora que éste abra luces ó vistas no obstante la prohibición de la ley, en tal hipótesis no puede decirse que ejercita su derecho de propiedad, sino hace cosa contraria al derecho del vecino, y así si por parte de éste hubiera habido tolerancia por el tiempo que la ley exige para la prescripción, el otro adquiere en virtud de ésta el derecho á tener sus luces ó vistas en el predio del vecino.

Obsérvese, en efecto, que al abrir una ventana contra lo que dispone la ley y al mantenerla por todo el tiempo necesario de la prescripción, el propietario que ha practicado la apertura, no sólo ha librado á su predio de la servidumbre que lo gravaba con relación al predio vecino, sino que habiendo efectuado un acto positivo manifestado en una obra permanente, toma con esto aire, luz y vista del predio vecino, á las cuales tenta exclusivo derecho el propietario vecino en virtud precisamente de la prohibición hecha al otro de practicar huecos, y hace sobre el predio ajeno cosa que el propietario de este podría impedirle: así no impidiéndola y tolerando la obra hecha por más de treinta años, somete su predio á una servidumbre en favor del otro.

Llámanse luces, los huecos provistos de una vidrie-

ra fija que impide sacar la cabeza á través de los mismos, siendo su fin tan sólo procurar la luz en el ambiente en que existen.

Por el contrario, las vistas son huecos que tienen vidrieras movibles, por las cuales no sólo penetra la luz, sino también el aire, pudiendo asomarse por ellas la cabeza y la persona, para procurarse una vista sobre el predio del vecino.

356. Ningún vecino, dispone el art. 583, podrá sin el consentimiento del otro abrir en el muro medianero una ventana ú otra abertura, aunque sea con vidriera fija.

Esta prohibición no se funda tanto en el respeto debido al predio del vecino, como en el derecho de copropiedad que el propietario ejerce en el muro medianero, y el cual impide que uno de los copropietarios pueda disponer según le plazca de la cosa común. Sea cual fuere por lo demás la razón en que se funda la prohibición de la ley, es lo cierto, que si en el muro común se práctica una abertura ó hueco, con ó sin vidriera fija, y el propietario contiguo tolera su existencia por treinta años, el propietario que la hubiere practicado adquiere la servidumbre activa sobre el predio del vecino, que será de luces ó de vistas, según la naturaleza y los caracteres de la obra ejecutada.

Si el muro fuese en parte común y en parte propio, ¿pueden los huecos practicarse en la parte del muro no común?

El muro puede considerarse en parte propio y en parte medianero, tanto en relación á su extensión como á su altura. Si un muro de diez metros de largo fuese común en una extensión de cinco, perteneciéndome el resto exclusivamente, esta parte de muro exclusivamente mía, es cosa totalmente distinta de la

otra, no siéndole aplicable la prohibición del artículo 583.

Si el muro fuese medianero por toda su extensión hasta una cierta altura, y propio en la parte superior, es preciso distinguir. Refiriéndose el art. 586, al caso en que la pared medianera hubiera sido levantada á costa de uno de los vecinos sin que el otro contribuyera á ello, prohíbe abrir luces ó ventanas en la mayor altura. Refiriéndose á este artículo, advierte el tribunal de apelación de Palermo, que si prohíbe abrir en la parte levantada del muro medianero, luces ó ventanas, no prohíbe abrir luces de simple tolerancia; así la prohibición del art. 586, se refiere únicamente á los huecos que sirven para constituir servidumbre sobre el predio vecino y no á las luces toleradas (1).

Permitásenos hacer notar que este razonamiento va en contra de la lógica y del texto legal. Téngase, en efecto, presente el art. 584, el cual permite al propietario exclusivo contiguo al predio ajeno abrir sólo luces ó ventanas de simple tolerancia, esto es, provistas de rejas y de vidriera fija; así, pues, el mismo artículo le prohíbe implícitamente las luces y vistas que impliquen la constitución de una servidumbre á cargo del predio contiguo. Ahora bien; si las luces ó huecos que constituyen servidumbre no pueden abrirse por quien es propietario exclusivo del muro, ¿cómo puede ocurrírsele á nadie que estas vistas puedan abrirse en la mayor altura de una pared medianera levantada á costa de uno sólo de los propietarios? Y si la duda no es posible ¿puede suponerse que el legislador haya sentido la necesidad de declarar expresamente que quien ha levantado á su costa la pa

---

(1) Sent. 29 Febrero 1884.

medianera, no puede hacer en la mayor altura aquello que no puede hacer el propietario exclusivo de toda la pared ó muro?

Las luces y ventanas á que se refiere la prohibición del art. 586, son precisamente las de simple tolerancia. Resulta esto de una manera clara de la comparación de este artículo con los que inmediatamente le preceden y le siguen.

El art. 582, dispone que el propietario de un muro no común contiguo al predio ajeno, puede abrir en este muro luces ó ventanas con rejas y vidrieras fijas; el art. 585, dispone que estas *luces ó ventanas* no se pueden abrir á una altura menor, etc.; viene luego el art. 586, en el cual se dice, que quien ha levantado el muro común, no puede abrir luces ó ventanas en la mayor altura, á la cual el vecino no haya querido contribuir.

¿De qué *luces ó ventanas* se habla en este último artículo? Evidentemente de las mismas luces ó ventanas de que se ha hablado en los dos artículos anteriores y que constituyen luces de simple tolerancia. ¿Es posible suponer que el legislador haya hablado en los artículos 584 y 585 de luces y ventanas en un sentido dado, y que en el artículo que sigue á estos les haya atribuido un significado distinto? No puede suponerse; porque en el art. 587 en que se habla de luces y ventanas que no son de simple tolerancia, se usan expresiones diferentes. En efecto, se lee: no se podrían abrir vistas directas ó ventanas con vistas, ni balcones ú otras semejantes sobre el predio cercado ó no, ni sobre el techo del vecino, si entre la propiedad de éste y el muro en que se practican dichas obras no mediere la distancia de metro y medio.

Ahora bien; si el legislador hubiera querido limitar

la prohibición del art. 586 á las luces que no son de simple tolerancia, habría hablado de vistas directas y no de luces ó ventanas. Añádase que si se considerase insuficiente el art. 584 para fundar la prohibición de abrir ventanas, no de simple tolerancia, en la parte levantada del muro común, tal prohibición se encontraría en el art. 587, el cual, al prescribir la distancia de metro y medio para las vistas directas, declara no ser posible abrir semejantes vistas en la parte levantada del muro común, por encontrarse éste en la línea de separación. Por tanto, si no se quiere sostener que el art. 586 repita inutilmente la prohibición de los artículos 584 y 587, es necesario considerar que la prohibición en él escrita, se refiere á luces ó ventanas de simple tolerancia.

Pasemos ahora á otro caso, cual es, aquel en que la mayor altura sea anterior á la copropiedad de la parte más baja del mismo.

Supóngase que el muro exterior de mi edificio existe con su altura de diez metros; si luego el vecino apoya en mi edificio el suyo hasta la altura de cinco metros sólo, no puede decirse que los cinco metros de mayor altura representan la elevación de un muro común, porque cuando éste se construyó no era común en parte alguna, siendo imposible considerar ninguna parte del mismo como edificación sobrepuesta á un muro medianero. En esta hipótesis, aun cuando el propietario del edificio más bajo pueda pedir la copropiedad de la parte superior de mi edificio para levantar apoyándose en ella, mientras esto no ocurra, el muro que está por encima de la medianería, pertenece exclusivamente á quien edificó, no siendo aplicable en este punto el art. 586, sino el 584.

357. Si uno de los edificios unido á otro por una

pared medianera fuese demolido, el propietario que ha demolido no pierde la comunidad de la pared y, por consiguiente, si convierte su área en jardín ó lo dedica á cualquiera otro uso, el propietario no puede practicar hueco alguno en la pared que persiste siendo medianera.

Pero supongamos que el municipio adquiere el edificio para convertir el solar en una calle ó plaza pública, ¿cesará de ser aplicable la prohibición del art. 583?

Creemos que sí, porque lo que este artículo dispone se refiere á la relación entre dos propiedades privadas contiguas, y no tiene razón de ser cuando la propiedad privada linda con suelo público, el cual precisamente por esto está destinado á procurar á todos aire, luz y paso.

Y no se diga que la adquisición del edificio por el municipio convierte á éste en copropietario del muro antes divisorio, debiendo aplicarse el art. 583. Porque si el municipio adquiere la copropiedad del muro divisorio, esto quiere decir que puede servirse de la parte exterior del mismo para hacer trabajos de ornamentación y de embellecimiento, no pudiendo entonces el vecino abrir vistas si éstas no se armonizan con dichos trabajos. Pero mientras el municipio deja subsistir como lo ha encontrado, esto no impide que el muro común sirva actualmente para dividir una propiedad privada del suelo de uso público, en cuyo caso no se aplica lo dispuesto por el art. 583 por faltar la razón de su prohibición.

La apertura, sin embargo, de las luces ó vistas no constituirá un derecho de servidumbre á favor de quien las ha hecho, porque se han hecho estas *jure proprietatis* sin contrariar la prohibición legal. Así si el municipio ó quien luego hubiere adquirido de él la

propiedad del solar, quiere edificar, puede hacer cerrar las ventanas y apoyar su edificio en el muro común.

358. En la pared medianera no se pueden abrir ventanas ni aun en el caso de que la apertura de las mismas hubiera podido hacerse según la ley del tiempo en que la pared se construyera, porque las leyes dictadas por razones de interés público, imperan inmediatamente sin vicio de retroactividad.

Si las ventanas estuviesen ya abiertas vigente la ley que concedía el derecho, no se puede pedir que se cierren actualmente, á menos que el otro propietario declare que quiere apoyar en el muro medianero un nuevo edificio, ó bien, apoyar en él la elevación del existente en el caso en que los huecos se hubieren hecho en la parte superior del muro común, siendo aplicable en este supuesto por analogía y por identidad de razones lo dispuesto por el art. 584, párrafo último; porque para los efectos legales del cierre de los huecos vale lo mismo la apertura de los mismos en la pared propia hecha *juri domini*, bajo el imperio del Código, como la practicada en la pared común con el mismo derecho, bajo el imperio de las leyes anteriores.

Sin embargo, las luces existentes no podrán en el caso supuesto ser aumentadas, ni será tampoco lícito abrirlas nuevas, porque en tal caso se produciría un hecho prohibido según las disposiciones legales vigentes; y no podría alegarse en contrario la prescripción en virtud del conocido principio *Quantum possesum, tantum praescriptum* (1).

359. Supongamos ahora que el muro contiguo á la

---

(1) V. Ap. Lucca, 11 Marzo 1877 Ap. Catania, 25 Ab. 1877. Cas. Nápoles, 28 Mayo 1878.

propiedad ajena, no sea común, sino propio de uno de los dos colindantes; en este caso el artículo 584 permite al propietario del mismo abrir en él luces ó ventanas, pero con rejas de hierro y vidriera fija, y el art. 585 dispone que la altura de estas luces debe ser de dos metros y medio por la parte exterior que mira al predio vecino, y de dos metros y medio ó de dos metros por encima del suelo que se quiere iluminar según que se trate del piso terreno ó de los pisos superiores.

Estas disposiciones limitan evidentemente el derecho de propiedad que corresponde al dueño del muro, y como la propiedad ó derecho ajenos no se limitan sin un por qué, es preciso investigar los motivos de tales limitaciones, ó en otros términos, es preciso ver por qué razón se impone al propietario la obligación de poner á sus luces reja de hierro y vidriera fija.

El ejercicio de una libertad ilimitada no es posible en el consorcio social; antes bien, la civilización progresa restringiendo el poder individual en interés de la sociedad misma. Si yo pudiera abrir en mi muro contiguo á la propiedad ajena con toda libertad un hueco cualquiera, restringiría la libertad del vecino, pudiendo vigilar á mi placer sus actos, y disminuirla la seguridad de su persona y cosas, en cuanto que yo podría introducirme cuando quisiera en su propiedad.

Ahora bien; la ley no puede permitir que el ejercicio de un derecho implique el aniquilamiento ó la disminución sensible de otro derecho; así procura conciliar del mejor modo posible los intereses opuestos de los dos colindantes, haciendo que el uno se dé por contento con gozar de la luz que pueda obtener de sus huecos, y que á la vez resulten garantidas la libertad y la seguridad del otro. La vidriera fija impide que se

pueda asomar la cabeza á través de la misma para vigilar los actos del vecino, y la reja garantiza al propietario vecino contra cualquiera invasión por parte de quien ha abierto las luces.

360. Es preciso tener presentes estas razones en que se ha inspirado el legislador, para resolver las controversias á que puede dar lugar la aplicación de las disposiciones por él dictadas. Así diremos que una vidriera que estuviese fija en su marco con clavos por ejemplo no respondería á las exigencias de la ley, porque los clavos pueden quitarse con facilidad y volverse á colocar, no quedando suficientemente garantida la libertad del propietario vecino. Es preciso, pues, que la vidriera esté colocada de modo que no pueda ni abrirse ni separarse, y que el marco esté fijo en el muro con cemento, de suerte que no pueda ser removido sin practicar una rotura en el muro mismo.

Con respecto á las rejas, el citado art. 584 exige que sean de una forma que sus cuadros no resulten de más de un decímetro. La ley no dice cuál debe ser el espesor de las rejas; sin embargo, siendo el fin de la disposición legal garantizar la propiedad del vecino de toda posible invasión por la apertura que supone la ventana, corresponde al juez determinar cuál haya de ser el grueso de los hierros para que tal objeto se consiga.

361. Con respecto á la altura de las luces, si ésta por la parte exterior no puede ser nunca menor de dos metros y medio del suelo del vecino del cual la luz se recibe, en cambio por la parte interior, esto es, respecto del suelo del espacio iluminado, la altura cambia, siendo de dos metros y medio para el piso terreno y de dos para los pisos superiores.

¿Cuál es la razón de esta diferencia?

Se estima que el legislador ha prescrito con relación al piso terreno la mayor altura interior de dos metros y medio, para que se pudiese tener esta misma altura por la parte que mira al suelo del vecino, toda vez que de otro modo no habría razón alguna para limitar la altura interior á los dos metros con relación á los pisos bajos (1).

No nos parece aceptable esta razón.

En efecto, desde el momento en que el art. 585 dispone de una manera esplicita que la altura de dos metros y medio desde el suelo debe observarse siempre por la parte que mira al predio vecino, ¿cómo es posible suponer que en la primera parte del mismo artículo se insertara una disposición con el sólo objeto de referirse con la misma implícitamente á un precepto que el legislador ha dictado expresamente en el artículo mismo? Si el párrafo final del art. 585 no existiese, la explicación dada de la disposición de la primera parte del artículo mismo podría ser plausible; pero si el legislador ha determinado en todo caso el minimum de la altura exterior, no podemos decir que la altura interior se haya establecido únicamente para que de la misma pudiera deducirse la altura exterior, toda vez que no hay necesidad de deducir lo que está expresamente prescrito por la ley; es preciso, pues, investigar de otra manera el motivo de la disposición legislativa.

Se ha de partir del principio, según el cual la altura de las luces desde el suelo, no sólo se exige para impedir al propietario del edificio mirar cómodamente por la misma sin el auxilio de una escalera, sino también para disminuir las vistas que á través de los vi-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Delle serv. legali*, n. 655, Borsari, *Com. Cod. civ.*, art. 585 (b).

drios pueden tenerse sobre el suelo del vecino, pues sabido es que mirando desde el interior la línea visual se aleja á medida que el punto desde el cual se mira se eleva del suelo sobre el cual se dirige la mirada. Cierto es que esta última razón sería más aplicable á la altura exterior de las luces que á la interior; pero téngase en cuenta que, no pudiendo la altura exterior ser menor de dos metros y medio, aumenta á medida que se eleva la altura interior de la ventana. Ahora bien; el legislador no podía menos de considerar que los pisos superiores están más elevados naturalmente que el piso terreno con relación al predio, al cual se mira, y por esto, con relación á los primeros, ha creído suficiente la altura interior de las luces á dos metros, con el intento de alejarse siempre más la línea visual, pero con relación á los pisos terrenos que se encuentran regularmente al mismo nivel del predio, al cual se mira, la altura interior de dos metros y medio se exige con el objeto de aumentar en lo posible la exterior, cuyo límite mínimo se ha fijado en dos metros y medio, y hacer que por tal modo resulte sometida á la mirada del observador una parte menor del predio vecino.

Dado esto, si mi piso terreno se eleva un metro por encima del suelo vecino, no podré abrir las luces á la altura interior de dos metros sólo, fundándome en que por la parte exterior hay dos metros de altura, esto es, más de lo que la ley exige; debo hacer que el arranque de mi ventana esté dos metros y medio más arriba de mi suelo, porque así lo exige el texto de la ley y así lo quiere su espíritu, que se endereza á asegurar lo más posible la libertad del vecino, alejando de mi mirada el punto de la línea visual.

Supongamos que el suelo, tanto interior como exterior no están en un plano, sino en pendiente, ¿cómo

deberá determinarse la altura exterior é interior de la ventana?

Prescribiendo la ley una determinada altura como mínimum, este mínimum debe darse en todos los puntos á lo largo de la luz abierta y no tan sólo en algunos, pues de otro modo se eludiría el propósito de la disposición legal.

Supóngase que yo abro en mi pared una ventana que mira al Sur, y que el predio contiguo del vecino tenga una pendiente de Este á Oeste. En este caso es necesario que el arranque del hueco esté todo él, por lo menos, á la altura de dos metros y medio del suelo vecino; podré seguir la pendiente del terreno para mantener la altura uniforme en todos los puntos, pero si prefiero una línea recta es indispensable que el punto más próximo de la línea al suelo diste, á lo menos, dos metros y medio.

Supongamos ahora que yo quiero abrir una ventana para dar luz á una escalera mía; ahora bien, la altura interior debe regularse de la misma manera que la altura exterior, cuando el predio vecino está en pendiente; en su virtud, la altura interior de los dos metros debe medirse desde el peldaño más alto y, por lo tanto, más cercano á la misma.

Si el propietario de las luces elevare el pavimento del espacio iluminado, las luces deberán colocarse á aquella altura presisamente que se requiere, para aplicar la disposición del art. 585 en la nueva situación de las cosas, y si fuera imposible mantener la altura legal los huecos deberán cerrarse. En cambio, si el vecino eleva el nivel de su terreno, en ese caso podrían conservarse los huecos ya hechos, porque el acto de otro no puede conseguir que las vistas legalmente abiertas resulten ilegales.

¿Qué se entiende por suelo del vecino, desde el cual se debe partir para medir la altura exterior de los huecos? Si el predio vecino fuere un terreno libre, la altura debe tomarse desde la superficie del mismo; si se trata de una edificación la altura debe medirse desde el techo ó desde el empedrado del solar por constituir éstos la superficie más próxima al hueco practicado.

362. Se ha planteado la cuestión de si la disposición del art. 585 es aplicable también á los locales subterráneos, de suerte que no puedan practicarse en los mismos huecos ó ventiladores si éstos no se elevan dos metros y medio por encima del predio vecino.

Se considera generalmente que es inaplicable al caso la disposición citada, teniendo en cuenta que refiriéndose la ley tan sólo á los pisos terrenos y superiores, lo que se dice de éstos no puede extenderse á los subterráneos; siendo necesario, dado esto, que el propietario tenga que proceder según las normas del derecho común (1).

Por muy deseable que sea el que esta teoría se convierta en ley, por de pronto, y en el estado atual de nuestra legislación, es inaceptable, ya que el intérprete no puede, por razones de equidad y de justicia, dar á la ley un sentido totalmente contrario á las intenciones del legislador.

Admitimos que la ley, al hablar de la altura interior de las ventanas, se ha referido tan sólo á los pisos terrenos y á los superiores; pero cuando ha tratado de altura exterior ha dicho, que la altura de dos metros y medio desde el suelo vecino debe observar-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, ob. cit., n. 657; Bersari, ob. cit., artículo 585 (b).

se *siempre*. Evidentemente, el adverbio siempre comprende todo caso y, extiende la disposición á todos los huecos, sea cual fuere el lugar en que se practiquen en el muro propio; no puede, pues, decirse que en el texto de la ley no se comprenden los subterráneos. Pero aún siendo dudoso si el art. 585 comprende ó no los subterráneos, es lo cierto que el espíritu de la disposición no puede menos de aplicárseles. La altura de las luces, en efecto, tanto interior como exterior, no tiene otro fin que impedir que se puedan expiar los actos del vecino; ahora bien, esta razón ¿no es aplicable y de una manera más motivada á los subterráneos? Si puedo yo al nivel del suelo vecino abrir luz en mi sótano, me es fácil dominar desde el mismo todo el predio vecino, eludiendo de esta manera de un modo manifiesto el propósito del legislador. Consideramos, pues, que las disposiciones relativas al piso terreno son con mayor razón aplicables á los subterráneos; por tanto, las luces que en éstos se quieran practicar no pueden tener, tanto exterior como interiormente, una altura menor de dos metros y medio.

Tal resulta del texto legal; pero aún podemos examinar la cuestión desde el punto de vista de la conveniencia de semejantes luces.

Según los defensores de la tesis contraria á la nuestra, las luces podrían practicarse para alumbrar y ventilar los subterráneos, y además no sería necesario ponerles la vidriera fija. En cuanto á la luz, observaremos que no es ésta tan absolutamente necesaria en los subterráneos, los cuales no están habitados, pudiendo cuando hiciese falta, entrar en los mismos con una luz artificial sin graves molestias. En cuanto al aire, séanos permitido preguntar: ¿cómo el legislador que prohíbe al propietario tomarlo del predio vecino

para los pisos habitados en los cuales es aquél una cosa de primera necesidad, había de permitir que el aire se tomase para los subterráneos, respecto de los cuales no es tan necesario?

Y no se diga que se trata en el caso presente de pequeños huecos, porque el más ó el menos no cambian la naturaleza de las cosas. Por otro lado, si dichos huecos se pueden practicar en un sótano, en rigurosa lógica podrían practicarse también en los pisos superiores, respecto de los cuales concurren muchas más razones, y, de esta suerte, la disposición del artículo 585 no sería imperativa y absoluta, sino modificable arbitrio *judicis*, según la mayor ó menor amplitud del hueco, lo que es manifiestamente absurdo.

363. Los huecos practicados en el muro propio, según lo dispuesto en los artículos 584 y 585, no impiden al vecino pedir la propiedad del muro tapiándolos de este modo, siempre y cuando, sin embargo, que apoye en el muro, entonces medianero, su edificio (art. 584). Si, pues, no puedo, ofreciendo pagar al vecino la mitad de su muro, obligarlo á cerrar sus huecos sin que al propio tiempo apoye un edificio mío, tampoco puedo obligarlo en el caso de que pida la comunidad del muro para ejecutar en él un trabajo de embellecimiento de la parte que mira á mi predio; porque embellecer una pared no es lo mismo que construir un edificio.

No es preciso indagar el fin para el cual el vecino construye para impedirle adquirir la comunidad del muro en que existen las luces; porque en el artículo citado se habla de edificio, denominación esta que es genérica y comprensiva de toda clase de construcción sea cuales fueren sus materiales y su objeto. En su virtud, ya se trate de construir una casa-habitación,

ó una fábrica ó un almacén, el vecino podrá pedir que el muro se haga común. Si el edificio no se eleva hasta la altura del muro, sino que queda más bajo, la comunidad de éste se extiende hasta la altura del nuevo edificio y su propietario no puede pedir que desaparezcan los huecos existentes en la parte superior de la pared.

La comunidad del muro puede pedirse aun cuando los huecos se hayan hecho en el mismo, vigente una legislación que no permitía al vecino el derecho de abrir las ventanas apoyando al muro divisorio de las dos propiedades su edificio.

«Si es verdad, dice á este propósito el Tribunal de Apelación de Milán, que la ley no puede, sin vicio de retroactividad, atender á los derechos que nacen de las convenciones ó de los hechos del hombre, esto no es aplicable á los derechos que nacen de la ley misma, los cuales son, por su naturaleza, modificables, y pudiendo cesar cuando así le plazca al legislador. Dado esto, aunque la ley precedente no concediere al propietario colindante el derecho de tener la comunidad de un muro divisorio en que el propietario tuviere ventanas, el derecho á la misma debe tenerse ahora por subsistente con todas sus consecuencias, incluso la de cerrar las ventanas en el caso de nueva construcción, sin que en ello pueda influir para nada el hecho de que el muro con ventana existía bajo la ley anterior (1).»

364. El derecho á pedir la comunidad del muro ajeno contiguo, aunque en él existan luces ó ventanas, se refiere al caso en que la construcción de las mismas

---

(1) Sent. 4 Abril 1873. En el mismo sentido Trib. Ap. Florencia, 7 Mayo 1880. Cas. Florencia, 2 Mayo 1870.

sea hecha con las cautelas y en los límites impuestos por la ley, y, por tanto, *jure proprietatis*. Pero *¿quid juris* en el supuesto de que el propietario del muro hubiese abierto luces ó vistas abusivamente, sin derecho?

Supongamos que en la pared medianera ó en la mayor altura de la misma, en el caso de elevación de uno de los dos edificios contiguos, se hubieran abierto luces ó ventanas, ó bien que en la pared propia contigua á la propiedad ajena se hubieran abierto no simples luces, sino ventanas con vistas, sin rejas y con vidriera movable. En estos casos lo que se ha hecho, no se ha hecho *jure proprietatis*, dada la prohibición de la ley, sino que se ha hecho abusivamente con invasión de la propiedad ajena, imponiéndole una carga. Ahora bien; como la ventana es servidumbre continua y aparente y puede adquirirse en virtud de prescripción, ocurre que si el propietario del predio hacia el cual las ventanas se han abierto, las ha tolerado por treinta años, no habiendo obligado al propietario de las mismas á cerrarlas como podía, el vecino puede hacer valer contra él el derecho adquirido de la servidumbre de luces ó vistas (1).

Supongamos que en la pared propia contigua al predio ajeno se hubieran practicado los huecos observando algunas pero no todas las limitaciones impuestas por la ley; ¿puede en este caso haberse adquirido la servidumbre?

No reina acerca de este punto completo acuerdo en la jurisprudencia patria.

La Casación de Turín ha considerado que la servidumbre puede adquirirse si la ventana estuviera sin

---

(1) Cas. Turín, 27 Mayo 1870.

rejas de hierro y con vidrieras movibles, aun cuando estuviera á la altura exterior é interior que la ley requiere. «Es un error gravísimo, dice, el de que el criterio de la diferencia deba deducirse del destino del hueco. El verdadero criterio está en que el hueco tenga ó no la reja de hierro y la vidriera fija. Poco importa la altura de la ventana desde el suelo de la habitación donde existe, ni el destino interior de la misma; todo esto, ni lo ve el vecino ni debe saberlo; sólo ve un hueco libre sin rejas y sin vidriera fija, desde el cual se puede mirar hacia su predio; debe procurar que se cierre tal hueco antes de los treinta años. No haciéndolo así, como se trata de servidumbre aparente y continua, podrá adquirirse con la prescripción» (1).

El Tribunal de Casación de Nápoles opina que para que existan luces de simple tolerancia se requieren tres elementos: la reja, la vidriera fija y la altura. «Se podrá discutir, añade, si faltando en cualquiera de los tres elementos indicados alguna de las circunstancias exigidas por la ley, debe la luz considerarse ó no de simple tolerancia (como si la altura desde el suelo es algo menor—si la reja es de madera y no de hierro—si las mallas no tienen la abertura indicada por la ley); en tales casos queda al prudente arbitrio del juez si hay ó no la tolerancia; pero no ocurre lo mismo cuando falta por completo alguno de los elementos indicados, en cuyo caso no pueden considerarse las luces como de tolerancia» (2).

El Tribunal de Apelación de Catania opina de otro modo. «Las condiciones, dice (3), que la ley impone al propietario de una pared contigua, si quiere abrir sim-

---

(1) Sent. 23 Mayo 1872.

(2) Sent. 25 Ab 1878.

(3) Sent. 24 Enero 1883.

ples ventanas de luces, son modalidades que limitan el ejercicio de su derecho con el objeto de garantir y asegurar al vecino el libre goce de su propiedad; en su virtud, la inobservancia de tales condiciones sin reclamación del vecino por un período mayor de treinta años, puede hacer adquirir al primero, mediante la prescripción, el derecho de mantener sus ventanas en el mismo estado en que las ha poseído, quedando con la prescripción extinguido el derecho del vecino á exigir que sean sometidas á la forma legal, porque del hecho de la posesión de treinta años del uno y del silencio del otro por más de los treinta años, puede presumirse el tácito acuerdo de una renuncia por parte de este último al derecho de pedir la observancia rigurosa de las disposiciones legales; pero esto no quiere decir que con la posesión de treinta años, las ventanas, cuando por su forma se presentan como exclusivamente destinadas á ventanas de luces, sólo porque no están provistas de vidriera fija, ó porque las rejas de hierro no corresponden perfectamente á la dimensión exigida por la ley, pueden cambiar de carácter jurídico, y revestir el de vistas directas respecto de las cuales tan sólo la posesión de treinta años podría hacer adquirir al propietario del muro un derecho de servidumbre sobre el predio del vecino consistente en el sancionado art. 590, sino que ellas siguen, sea cual fuere la época á que se remonte su construcción, cual se presentan en su forma aparente, esto es, simples huecos de luces que no impiden al vecino poder libremente levantar edificación en el suelo de su propiedad ni pueden constituir un obstáculo al derecho del vecino á adquirir la comunidad del muro y á cerrarlas, apoyando en él su edificio.»

Nos parece que cuando por el modo según el cual se

ha hecho el hueco, revele que quien lo ha practicado no ha usado plenamente de su derecho de propiedad, sino de una manera limitada, para no ofender el derecho del vecino, aquél debe considerarse como desim-ple luz tolerada que no implica servidumbre, háyanse ó no observado todas las prescripciones que la ley exige al construirlo. Porque vista directa es la que se ejercita sin limitación alguna; si alguna limitación existe ya, no puede hablarse de vista directa que pueda ser establecida mediante prescripción. La prescripción en este caso, como con razón observa el Tribunal de Casación de Catania, no puede tener otro efecto que el de dispensar, á quien ha practicado el hueco, de la obligación de observar las prescripciones de la ley no respetadas al construirla; pero de la liberación de esta obligación á la prescripción adquisitiva de una servidumbre de vistas, media una distancia que no se salva fácilmente.

En efecto; aquel que al abrir las luces respeta una de las prescripciones legales omitiendo las demás, y las mantiene en este estado, si revela la intención de librarse con el tiempo de la observancia de estas prescripciones, no demuestra la de adquirir la servidumbre de vistas directas sobre el predio vecino, toda vez que la observancia de una sola de las prescripciones legales es incompatible con el ejercicio de esta servidumbre. Ahora bien; si la posesión de las luces de que tratamos no implica el ejercicio de una vista directa, es imposible que la servidumbre correspondiente se adquiera mediante prescripción.

264 *bis*. Si las ventanas se hubieran abierto en la pared propia bajo el imperio de leyes anteriores, ¿se entenderá adquirida á cargo del predio vecino la servidumbre de vistas, de modo que el propietario de éste

no pueda cerrarlas apoyando contra dichas vistas su edificio?

El Tribunal de Casación de Turín opina que si las vistas directas se han abierto *jure proprietatis* en la pared propia por consentirlo así la ley vigente, se ha adquirido el derecho de mantenerlas bajo el imperio del Código y de obligar al vecino que quiera edificar á mantenerse á tres metros de distancia (1).

Esta teoría no nos parece aceptable.

Todo aquello que se ejercita en virtud del derecho de propiedad no puede, por efecto del tiempo transcurrido, convertirse en un derecho de servidumbre á cargo del predio vecino, por la simple razón de que no pudiendo el propietario de éste oponerse á la existencia de las vistas, la posesión, aunque sea inmemorial, no vale para hacer adquirir á cargo de su predio un derecho de servidumbre: puede invocarse aquí el principio, *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Se puede también, con no menos fundamento, recurrir al otro principio, según el cual *in facultativis non datur praescriptio*.

En efecto; si en virtud de la ley del tiempo correspondiese á aquel que edificó el derecho de abrir vistas directas sobre el predio vecino, el mismo derecho correspondería también al propietario del mismo, de modo que éste, valiéndose de la misma facultad, podía edificar en el lindero, como edificara el otro oscureciendo así las vistas. Ahora bien; el ejercicio de esta facultad no prescribe con el transcurso del tiempo; prescribiría si el propietario de las vistas se hubiese opuesto á una construcción que se quisiera ejecutar; pero en defecto de un acto de oposición, la facultad

---

(1) Sent. 21 Ab. 1884.

inherente al derecho de propiedad puede ejercitarse siempre.

La cuestión, por tanto, debe, á nuestro modo de ver, resolverse teniendo en cuenta las leyes vigentes en el momento en que las vistas se abrieron. Si estas consentían la apertura en el muro propio sin obligación de respetar ninguna distancia, en este caso, habiendo obrado el propietario de las vistas, *jure proprietatis*, no ha podido adquirir derecho alguno de servidumbre á cargo del predio vecino, y el propietario de éste puede oscurecerlas con su edificación (1). Si, según las leyes del momento, debía observarse una cierta distancia aunque sea menor de la prescripta por el Código, y la vista se abre sin observarla, en ese caso el tiempo transcurrido puede haber hecho adquirir el derecho de servidumbre que debe ser respetado por el propietario del predio vecino (2).

365. Dada, pues, la existencia en la pared propia ó medianera de vistas *jure servitutis* y no *jure domini*, si la prescripción se hubiera realizado en favor del propietario de las mismas, es evidente que no puede ser lícito al dueño del predio sirviente librarse á su arbitrio de semejante servidumbre, cerrando las luces merced á la construcción de un edificio; por lo que está obligado á mantener su construcción á tres metros de distancia de los huecos existentes, á fin de que por ellos pueda continuarse el ejercicio del derecho adquirido de servidumbre de luces y vistas (3).

Es á este propósito terminante la disposición siguiente del artículo 590: «Cuando por convenio ó de

---

(1) V. Cas. Turín, 19 Dic. 1867 y 14 Enero 1873.—Ap. Florencia, 3 Ab. 1873.—Cas Florencia. 2 Mayo 1873 y 6 Marzo 1876.

(2) Cons. Trib. Cas. Roma 23 Mayo 1884.

(3) Cons. Trib. Cas. Turín, 7 Dic. 1871.

*otra manera* se hubiera adquirido el derecho de tener vistas directas ó ventanas de vistas sobre el predio vecino, el propietario de éste no puede edificar á menor distancia de tres metros, medida según el artículo 589.»

Con arreglo al art. 589, cuando se trata de vistas directas que es preciso abrir, la distancia se mide desde la casa exterior del muro, y si son balcones ú otras salientes análogas, desde su línea exterior hasta la línea de separación de los dos predios.

En el caso que nos ocupa, no se trata de distancias que hayan de observarse al abrir la vista directa, sino de distancia que ha de observarse por el vecino que edifica respecto de la misma, la cual puede considerarse desde un triple punto de vista, esto es, frente á aquélla por debajo de ella ó lateralmente. Considerada la distancia de frente, se calcula desde la línea exterior de la pared en que se encuentra la ventana si no existen balcones ú otros salientes semejantes; existiendo éstos, la distancia de tres metros debe mediar entre la línea exterior de los mismos y la nueva edificación. Si el marco que suele ponerse á la ventana sobresale algo fuera del muro, no constituye el saliente de que habla el art. 589, por no ser semejante al balcón como el artículo dice; por lo que la distancia de tres metros se medirá de la parte exterior de la pared, no de la línea exterior del marco.

365 *bis*. Veamos ahora la distancia por debajo de las vistas.

Se discute en la jurisprudencia patria si la distancia de que habla el art. 590 se debe observar á partir del suelo en que está la pared que tiene las vistas, ó si en cambio es suficiente que esta distancia se observe á partir del marco de la ventana hasta los pun-

tos más altos del edificio. Aclararemos la cuestión con un ejemplo: en mi pared contigua á tu jardín he abierto de tiempo inmemorial vistas, las cuales existen á la altura de diez metros del suelo de tu jardín; si tú quieres edificar, ¿debes mantenerte á la distancia de tres metros, á partir de la base, ó bien puedes apoyar tu edificio en todo el muro en que no existen ventanas, y al nivel de éstas colocar tu edificación á la distancia de tres metros.

El Tribunal de Casación de Nápoles responde de la manera siguiente: «Admitida la índole activa de la servidumbre de vistas, en el sentido de estar prohibido al vecino impedir se goce hasta la distancia de tres metros, no cabe poner en duda que esta distancia debe observarse desde los puntos más bajos de la ventana. Si *prospectus etiam ex inferioribus locis est*, si consiste en el derecho de mirar en el predio vecino, claro es que ninguna disminución, fuera de la establecida por el art. 590, pueden aducirse por vía de interpretación. Con razón dice el Tribunal que en el ámbito de tres metros la servidumbre de vistas comprende también la de *altius non tollendi*» (1).

Opina lo contrario el Tribunal de Casación de Florencia: «La ventana, dice, es signo visible tan sólo de la servidumbre que se infiere del art. 590 del Código civil, para obtener del vecino la distancia de tres metros á fin de dar á la casa los beneficios del aire y de la luz; y esta distancia debe entenderse en línea horizontal, porque el indicado artículo llama á estas vistas vistas directas, y porque aquellos beneficios provienen de lo alto. La más grave servidumbre de ver

---

(1) Sent. 13 Oct 1875. En el mismo sentido Cas. Turín, 10 Feb. 1882.

hacia abajo y de impedir así al propietario contiguo toda edificación que impida una parte mínima de aire interpuesto, no puede tener por signo visible la ventana, que está destinada á dar la vista del cielo» (1).

En la primera edición de esta obra consideramos admisible esta última opinión, fundándonos en que en materia de servidumbres es preferible la interpretación más estricta, y en que, siendo suficiente la distancia de tres metros á partir de la base de la ventana, para dar aire y luz y para ejercitar las vistas, no es necesario que la misma distancia se observe también hacia abajo.

Mejor examinada la cuestión, consideramos preferible la teoría contraria. En efecto; la servidumbre, según los principios, se ejercita sobre el predio; así, el derecho respectivo compete sobre la superficie del suelo y no sólo sobre las capas aéreas que están por encima de la misma. Ahora bien; si el propietario del predio sirviente pudiese edificar hasta por debajo de la ventana, sustraería al ejercicio de la servidumbre la superficie de su predio, constriñéndole á las capas de aire superiores, lo que ciertamente no puede consentirsele.

«Una servidumbre de vistas, advierte el Tribunal de Casación de Turín (2), comprende por entero el predio sirviente en cuanto al goce libre de la vista, que es ejercitable por todas partes y en todos sentidos respecto del predio supradicho. De hecho, como la más onerosa de las servidumbres urbanas comprende la de *non aedificandit et non altius tollendi*. Esta es la razón por la que, dada una servidumbre de vistas,

(1) Sent. 30 Nov. 1871; Ap. Roma 24 Ab. 1879.

(2) Sent. 17 Octubre 1881.—V. también T. Ap. Milán, 24 Julio 1887.

queda prohibida toda construcción que restrinja la extensión de la vista ó disminuya su goce.»

365 *ter.* Considerando la distancia literalmente con relación á la ventana, se pregunta si el propietario del predio contiguo al muro en que existen vistas, puede apoyar su edificio en la parte del muro que no se encuentran éstas, dejando, tanto de frente como lateralmente, tres metros de distancia. Se ha contestado afirmativamente, fundándose en que el texto del art. 590 no exige más, y que impedir al propietario del predio contiguo apoyar su edificio en la parte de muro en que no existan vistas, es agravar la servidumbre á cargo del predio vecino más allá de los límites fijados por la ley (1).

Creemos que si esta doctrina no se encuentra en oposición con el texto del art. 590, contradice su espíritu y otra disposición de ley especial que no conviene olvidar.

El objeto, en efecto, por virtud del cual la ley exige una distancia conveniente entre una y otra edificación cuando en aquella que ya existe hay vistas directas, es el de no dejar espacios nocivos, tanto desde el punto de vista de la higiene, como desde el de la seguridad pública y privada. Ahora bien; edificando contra la parte de la pared en que no existen ventanas, y dejando sólo tres metros de espacio libre, tanto frente á ellas como á los lados, quedan éstas cerradas como en un pozo en el cual el aire y la luz no circula libremente, y que no tardará en ser un foco de infección. Pero si el legislador, teniendo en cuenta las exigencias de la higiene, no ha querido consentir esos espacios estrechos, ¿puede suponerse que haya querido

---

(1) V. Ap. Milán antes cit.—T. Cas. Turín, 30 Jun. 1884.

permitir semejantes pozos tan nocivos para la salud pública?

El artículo de la ley con el cual nos parece en oposición la teoría que combatimos, es el 556 del Código. Dispone éste que la comunidad del muro ajeno puede obtenerse cuando esto tenga lugar para toda la extensión de la propiedad que lo pide. Ahora bien; si se admite que el vecino puede hacer común el muro contiguo sólo en la parte que no hay ventanas, se admite también que la comunidad puede no tener lugar por toda la extensión de la propiedad de aquel que lo pide, lo que está en contradicción con lo que dispone el artículo citado. Es necesario, pues, para no contravenir lo dispuesto en los artículos 590 y 556, que el constructor se mantenga á la distancia de tres metros de las ventanas ajenas por toda la extensión de su edificio del lado que mira á las vistas existentes. En el caso, sin embargo, en que el predio contiguo al muro en que se encuentran vistas directas que pertenezcan á varios propietarios y las ventanas estuvieran abiertas sólo respecto de una propiedad, la servidumbre se habrá adquirido sólo con relación á este predio y no á los demás; así, el propietario contra quien la servidumbre no va, puede apoyar su edificio en la pared existente.

365 *quatuor*. El art. 590 que examinamos no habla de cualquier clase de vistas, sino tan sólo de las directas; así, la distancia por el mismo prescrita se debe observar tan sólo cuando existen vistas directas, no con relación á las oblicuas, ni tampoco en el caso en que éstas no se construyesen á la distancia exigida por el artículo 588.

El tiempo transcurrido desde la apertura lateral ú oblicua sin respetar la distancia legal, puede ha-

cer adquirir el derecho de mantener la vista cual se ha construido, no el de obligar al propietario del predio lateralmente puesto á mantenerse al edificar á distancia de tres metros, toda vez que esta distancia está prescrita sólo para las vistas directas y no para las oblicuas.

«Si el legislador, advierte el Tribunal de Casación de Nápoles (1) hubiese querido comprender en el artículo 590, tanto las primeras como las segundas, hubiera prescindido de la limitación que implica la palabra *directas*, ó bien, hubiera añadido las de *laterales* ú *oblicuas*. En vano se dice contra esto, que si una ventana es al propio tiempo por su índole, directa y lateral, precisamente por estar *quaquaversus possit prospicere*, así desde todos puntos y desde todos lados debe mantenerse la prohibición de edificar á menor distancia de tres metros. Pero razonando de esta manera no se tiene en cuenta que si una ventana considerada en sí físicamente, implica la vista directa y la oblicua, el legislador, al distinguir una vista de la otra, se refiere, no á toda la ventana en su conjunto, sino á la relación en que se encuentra con el predio vecino que la tiene de frente ó de costado, y por ende, al modo como tal predio mira. Lo cual es conforme á ciertas antiguas tradiciones por las cuales se ha repetido que lo de mirar demasiado directamente en el predio vecino constituye la *aliquid immittere in alienum* de la ley 8, párrafo 5, Dig. Si *servitus vindicatur*; por lo que el legislador, al considerar en semejantes materias sólo el modo como esta intromisión ocurre, en el derecho de tener vistas directas, sólo tiene en cuenta las intromisiones que se verifican mirando di-

---

(1) Sent. 22 Mayo 1878 (*Racc* XXX, § 1113)

rectamente sobre el predio vecino. Todo esto se encuentra sensiblemente manifestado en el art. 590, cuando de todas maneras aparece la relación con el predio vecino, sea en cuanto á la adquisición de la servidumbre, sea en cuanto al predio del vecino mismo; por lo que bajo el primer aspecto se dice: cuando se hubiera adquirido el derecho respecto del predio vecino, y bajo él se formula la prohibición de edificar sólo para el propietario de este predio, y no para aquél cuyo predio se mira oblicuamente, y así (si es único el propietario), para la parte del único predio que se encuentre en las circunstancias primeramente indicadas y no para la otra. Lo que implica como última consecuencia que el legislador no ha prescrito la distancia de tres metros sino para las edificaciones que se hacen frente á las ventanas y á las vistas.»

365 *quinto*. El art. 590 prohíbe construir á menor distancia de tres metros; ¿cuál es el significado que debe atribuirse al verbo construir empleado en el artículo?

Creemos que debe entenderse en el amplio sentido que comprende cualquier obra que tiende á impedir ó disminuir la servidumbre de vistas, y no en el más restringido de edificio: porque el objeto de la disposición legislativa es el de mantener y respetar la servidumbre adquirida, y como esta no se respeta tanto en el caso en que, á menor distancia de tres metros, se levanta un edificio, cuanto en el de que, á menor distancia de la dicha se levanta cualquier otra obra que impida ó limite la vista, el artículo que se examina se refiere realmente á uno y otro caso.

«Sin duda, dice muy bien el Tribunal de Casación, de Turín, si la ley hubiese adoptado el término *edificar*, habría expresado un concepto más restringido,

por cuanto, como indica su derivativo *aedes*, se refiere más particularmente á las construcciones con muros, y de hecho con tal significación propia lo ha adoptado el legislador cuando ha querido hablar de muros, de casas, como en el art. 584, en el cual se dice que el vecino no puede cerrar las ventanas abiertas por su propietario en la pared no común, sino apoyando en ella su edificio; y cuando el art. 590 ha adoptado la palabra *fabricar*, es sin duda porque este término más genérico respondía mejor á su concepto y propósito de comprender en la prohibición sancionada toda clase de construcción. Si tenemos la máxima de que es preciso adoptar la interpretación restrictiva, porque se trata de limitación al libre ejercicio del derecho de propiedad, también puede citarse el principio formulado en el art. 3.º de las disposiciones preliminares, y según el cual debe aplicarse la ley, no sólo atendiendo su letra, sino también teniendo en cuenta su verdadero espíritu. Habiendo sido el objeto de la ley mantener libres de prejuicio los derechos adquiridos de tener vistas ó ventanas sobre el predio del vecino, claramente se advierte de qué manera resultaría inaplicada la ley con la interpretación restrictiva, en virtud de la cual, fuera de la edificación propiamente dicha, pudiera el vecino impedir ó inutilizar las vistas con cualquiera otra obra ó construcción.

¿Qué puede opinarse respecto de los árboles que el vecino plantare ante una vista directa? Respecto de éstos podría advertirse que, determinando la ley la distancia á que deben plantarse, el propietario de las vistas no tiene por qué quejarse cuando la distancia legal se respete al ejecutar la plantación.

Este razonamiento no es exacto, porque la distancia legal establecida por el art. 579 no está prescrita con

respecto á vistas ya existentes, sino con relación al predio vecino, y con objeto de no perjudicarlo demasiado con las sombras de las ramas y con las raíces; en vano se acude á dicho artículo, pues para resolver la cuestión que examinamos, estando ésta regulada por el artículo 590, cuya disposición tiene por objeto mantener incólume la servidumbre adquirida de vistas. Suponiendo, por tanto, que los árboles, aunque plantados á distancia legal, sin embargo, obscurecen con sus ramas las vistas, quitando aire y luz é impidiendo mirar, en ese caso se pone un obstáculo al ejercicio de la servidumbre adquirida que el art. 590 ha querido evitar. Consideramos, pues, que si los árboles plantados á distancia legal no perjudican á la servidumbre adquirida, habrá derecho á mantenerlos; pero si se la perjudica ó se deben arrancar, ó será preciso cortar sus ramas ó tenerlos bajos para no perjudicar las vistas.

366. Hasta ahora hemos tratado de las limitaciones impuestas al propietario de una pared con relación á la apertura de luces ó vistas que hayan de practicarse en la misma, limitaciones que constituyen una verdadera servidumbre impuesta al edificio en favor del predio vecino; tiempo es ya de ver en qué condiciones puede el propietario abrir huecos en su muro ejercitando el derecho de propiedad sobre su cosa.

La ley comienza por distinguir las vistas en directas ó de frente y laterales ú oblicuas.

Vista directa es aquella que se ejercita de frente, y existe cuando el muro ó pared en que se encuentra está construida en línea paralela con el predio vecino, ó bien forma con éste un ángulo muy agudo en el caso que las dos líneas limítrofes de las propiedades contiguas no sean horizontales sino oblicuas.

La vista oblicua ó lateral, según resulta del sentido

literal de la expresión, es aquella que se ejercita cuando para mirar se vuelve la cabeza á izquierda ó derecha, y se tiene cuando tirando una línea desde uno de los puntos extremos y laterales del cuadro de la ventana, ésta forme ángulo recto con la línea límite de la propiedad del vecino, ó bien un ángulo obtuso.

Con relación á las primeras, el art. 587 dispone que no se podrán abrir ventanas con vistas directas, ni balcones ni otros salientes semejantes sobre el predio cercano ó no del vecino, ni sobre el techo del mismo, si entre la propiedad de éste y el muro en que se hacen los trabajos no mediare la distancia de metro y medio. En cuanto á las segundas, el art. 583 dispone que no pueden abrirse á menor distancia de medio metro.

Para tener una vista directa no es preciso que se ejercite por una ventana ó balcón, sino que puede bastar un simple parapeto. Supongamos que sobre la línea límite yo construyo un edificio contiguo al jardín ajeno, sin abrir ventanas directas en el muro que limita con él; pero en cambio cubro mi edificio con un terrado practicable rodeado de un parapeto en el cual puede apoyarse una persona y mirar sobre el predio contiguo, ó bien supóngase que en la línea límite entre dos predios abiertos, yo construyo un muro bajo, de suerte que una persona pueda, apoyando sus pies en el suelo, mirar hacia el predio del vecino, ¿puede decirse que en estos casos y otros semejantes se violan las disposiciones contenidas en los artículos 587 y 588?

Cuando los dos predios contiguos están abiertos, la ley no prohíbe ciertamente al propietario del uno, que pasea por su suelo, volver la mirada hacia el otro predio; la prohibición surge, cuando existe una obra cual-

quiera que facilite semejante vista y la haga más incómoda para el vecino. En efecto; ¿por qué yo que puedo colocarme en el límite de mi predio con mi vista hacia la otra propiedad igualmente abierta del vecino, y dominar con mi mirada, durante el tiempo que me plazca, el predio ajeno, no puedo ejercitar esta misma vista desde una ventana abierta en el muro limitrofe? Porque yo, estando en mi terreno abierto, veo pero también soy visto, y así el vecino puede advertir que yo le estoy observando; pero cuando mi vista se ejercita desde una ventana, no sólo puedo asomarme de improviso por ella sin que el vecino pueda prevenirse y advertir que me dispongo á mirarlo, sino que puedo, ocultándome adecuadamente, observar y no ser observado. Ahora bien; nadie negará que es mucho más gravoso que el primer modo de mirar el segundo. Si tal es, pues, y no otra la razón de lo que se dispone en los artículos citados, es evidente que no es de esencia á la vista, que se ejercite por medio de una ventana ó balcón, sino que basta que pueda ejercitarse por medio de una simple cerca. El mismo razonamiento es aplicable á los huecos que á manera de puerta ó de entrada se quisieran abrir frente al predio vecino.

367. En cuanto al modo de medir las indicadas distancias, el art. 589 dice lo siguiente: «Tratándose de vistas directas, la distancia se medirá desde la cara exterior del muro, y si hubiere balcones ú otros salientes análogos, desde su línea exterior hasta la línea de separación de los dos predios.

»Cuando se trate de vistas laterales y oblicuas, se medirá desde el lado de la ventana más próxima ó desde el saliente más cercano hasta la indicada línea de separación.»

Si el muro en que se ha practicado la vista directa estuviere hecho con declive, el metro y medio no debe medirse desde la base del muro, sino desde la parte exterior del punto en que la ventana exista, porque desde aquí es desde donde la vista se ejercita y no desde más abajo. Del propio modo, si se trata de un balcón, la distancia debe medirse desde la parte exterior de su antepecho y no desde las ménsulas que sobresalgan, porque la persona no puede colocarse en ellas para mirar, sino que queda naturalmente detrás el antepecho.

Supongamos que los dos predios contiguos estén divididos por un muro divisorio común, ¿desde qué punto deberá en este caso medirse la distancia?

Siendo el muro propiedad común, uno de los copropietarios no puede imponer una servidumbre en su beneficio exclusivo; por lo que la distancia se debe medir en este caso desde la cara del muro que mira al edificio en que la ventana de vistas se quiere abrir. Si en cambio el muro de cierre pertenece exclusivamente á aquel que en otro muro suyo quiere abrir vistas, en ese caso, la medida se tomará desde la cara del muro que mira al predio vecino.

Si el muro de cierre propio en un principio de quien abría las vistas, se convirtiera luego en común, por haber apoyado el vecino en él su edificio, este hecho posterior no puede alterar el estado de las vistas ya abiertas á distancia legal, porque el cómputo de ésta debe hacerse en el momento en que las vistas se practican, y todo cambio ulterior en la línea límite, no puede tener influjo alguno sobre el hecho que legalmente se cumple.

Supóngase que en la línea límite exista un muro divisorio ó de cierre de una altura de diez metros: si ya

construyo de la parte de acá de este muro, y mi construcción es más baja que él, ¿estaré yo obligado á observar la distancia legal para las vistas que quiero abrir en mi edificio?

Si el muro me pertenece exclusivamente, no debo observar distancia alguna, porque siendo éste más alto que mis ventanas ó mis balcones, impide que yo pueda mirar sobre el predio vecino, faltando así las vistas en el sentido legal de las mismas.

Pero si el muro de cierre pertenece al vecino ó es común, en ese caso debo observar la distancia, á partir de la parte del mismo que mira á mi fundo, porque así como no me es lícito abrir mis vistas directas sobre el techo ajeno (art. 587), tampoco me es lícito sobre el muro ajeno ó común.

En el primer caso, si yo destruyo el muro de cierre que me pertenece, estaré obligado á cerrar las vistas ó á retirarlas para observar la distancia, porque no puedo arbitrariamente imponer sobre el predio ajeno, una servidumbre que el propietario del mismo tiene derecho á no tolerar. Pero si el muro primeramente mío se convirtiese más tarde en común, ó fuese adquirido por el otro propietario, éste está obligado á respetar las condiciones en que mis vistas se encuentran, porque han sido abiertas legalmente, y porque si en este caso hay servidumbre, ésta ha sido tácitamente querida por el vecino que voluntariamente ha dado vida á un hecho, del cual la servidumbre misma es una consecuencia necesaria.

Si el muro de cierre que me pertenece se viniere á tierra por viejo ó por un accidente cualquiera sin culpa mía, no estoy obligado á reedificarlo, porque el caso fortuito no obliga; opinamos, sin embargo, que puede el vecino reconstruirle á su costa siempre que

el otro no se avenga á tapiar las vistas ó á retirarlas, todo ello para librar á su predio de una servidumbre que en otro caso le sería impuesta.

368. Se hace una excepción con respecto á las disposiciones contenidas en los artículos 587 y 588 en el caso en que la vista se ejercita sobre la vía pública existente entre el muro en que las vistas están abiertas, levantando en esta hipótesis la obligación de observar las distancias prescritas, tanto para las vistas directas como para las oblicuas. Así, pues, si la vía pública sólo tuviera un metro de ancho, puedo construir y abrir vistas en la línea en que mi propiedad confina con la vía pública, aunque no haya una distancia de metro y medio al predio vecino. Del propio modo, si la vista directa estuviera abierta sobre la vía pública, puede la perpendicular tirada desde uno de los puntos extremos y laterales de la ventana caer sobre la línea de límite al predio lateral al mío, sin que el propietario de éste pueda exigir que yo retire mi vista medio metro más atrás.

Para que el suelo sobre el cual se abre la vista directa pueda considerarse como vía pública, es necesario que lo sea de hecho ó que se haya publicado el decreto de su expropiación, por no ser suficiente al efecto el mero proyecto de convertir más adelante el espacio en vía pública (1).

Dado, pues, un uso destinado á uso público, si yo puedo construir en el límite del mismo, abriendo vistas directas, sin que entre éstas y mi predio se guarde la distancia de metro y medio, el mismo derecho tiene que asistir á mi vecino, el cual aun cuando cons-

---

(1) Consultese á este propósito la sentencia del Tribunal de Apel. de Génova, 15 Julio 1870 (*Annali*, IV, 2. 255.)

truya en su línea después que mis vistas directas estén abiertas por más de treinta años, no está obligado á observar la distancia de tres metros desde mi predio, prescrita por el art. 590.

«La condición, en efecto, según el Tribunal de Apelación de Nápoles (1), para que con arreglo al artículo 590 se haya adquirido el derecho á las vistas directas, estriba en la posibilidad de semejante adquisición y excluye, por lo tanto, la hipótesis de la vía pública en la cual no es preciso adquirir el derecho á las vistas por el vecino por convenio, ó prescribiéndolo contra el mismo, porque se tiene directamente por la ley en virtud del art. 587. Si, pues, uno de los colindantes de la vía pública ha abierto vistas ejercitando una facultad legal y usando de su derecho, sería injusto impedir al otro ejercitar á su vez la facultad indicada á menos que por la facultad garantida igualmente á los que lindan con la vía pública por el art. 577, no quiera establecerse un derecho privilegiado que la ley no reconoce.

Si en lugar de una vía pública existiese entre mi predio y el del vecino una senda, propiedad de un tercero, al abrir vistas directas debo medir la distancia legal desde el límite de la senda hacia donde miro hasta mi muro; pero si, por ejemplo, el propietario de la misma me permitiere abrir vistas directas sobre la senda, ¿podría el propietario del predio contiguo á la misma por la otra parte impedírmelo si entre mis vistas y su propiedad no existiere la distancia de metro y medio?

Claro es que sí, porque la excepción del art. 587 se verifica tan sólo en el caso de que entre las dos pro-

---

(1) Sent. 10 Mayo 1869 .

riedades privadas hubiere una vía pública, no cuando hubiere solamente un pequeño espacio de caracter privado también.

Para los efectos de las vistas sobre el predio ajeno, es lo mismo que el espacio entre mi vecino y yo pertenezca á un tercero ó que me pertenezca á mí; porque, si siendo mío dicho espacio, yo no puedo abrir vistas directas á menos distancia de metro y medio de la línea límite del predio vecino, se infiere que debo observar la misma distancia, cuando el propietario de la senda me facultase para abrir vistas en el muro que confina con el mismo.

En el supuesto de que la senda fuere común de los dos propietarios, la distancia debe medirse desde el límite que mira á mi propiedad hasta mi vista, según hemos dicho que debe practicarse en el caso de que exista un muro divisorio común medianero.

369. El precepto que me obliga á abrir vistas directas á la distancia de metro y medio de la línea límite, obliga también al otro propietario vecino mío; así, si éste abre vistas á la vez ó posteriormente á las mías, debe observar la misma distancia hasta mi línea límite, de suerte que la distancia entre las dos vistas que se miran, no pueda ser menor de tres metros, los cuales constituyen un espacio que se considera por la ley suficiente para dar aire y luz á las habitaciones.

Si yo abro vistas directas á menor distancia de metro y medio de la línea límite, y el vecino tolera su existencia por más de treinta años, adquiero por prescripción el derecho á la servidumbre de vistas, por lo que el vecino no puede obligarme á cerrar las ventanas apoyando en mi muro su edificio, sino que está obligado á construir, según el art. 590, á la distancia de tres metros.

## CAPITULO VI

### DE LA VERTIENTE DE LOS TEJADOS

**SUMARIO:** 370. Cuándo la vertiente de los tejados constituye servidumbre. Cómo puede adquirirse.—371. Si es lícito hacer caer agua del tejado propio en el suelo común.—372. Si las aguas de lluvia después de haber caído en el suelo propio del dueño del tejado, pueden hacerse correr por el predio vecino.—373 La prohibición de no hacer caer las aguas desde el tejado sobre la propiedad ajena es general y se extiende á todo predio.—374. Prescripción de la propiedad con relación al suelo bajo el tejado y sobre el cual cae el agua del mismo.

370. La única disposición relativa á las vertientes del agua es la contenida en el art. 592, que dice así: «Todo propietario debe construir los tejados de manera que las aguas de lluvia corran por su terreno ó sobre la vía pública de conformidad con los reglamentos especiales, y no puede hacerlas caer sobre el predio del vecino.»

La vertiente de los tejados, según se considera en el citado artículo, no es una servidumbre, antes bien contiene la prohibición de imponer al predio vecino la servidumbre de hacer caer las aguas de lluvia; por lo que el legislador, con la referida disposición, se ha limitado á regular el ejercicio de un derecho de propiedad; esto no obsta, sin embargo, para que la servi-

dumbre de vertiente de los tejados pueda adquirirse por convenio ó por prescripción. El vecino puede concederme el derecho de hacer caer el agua sobre mi suelo, y en ese caso la servidumbre se constituye en virtud de un título. Si construye el tejado hacia el suelo vecino de modo que las aguas caigan sobre el mismo, en ese caso si el vecino ha tolerado su existencia por más de treinta años, puedo invocar la prescripción porque la servidumbre de que se trata es continua, en cuanto no se exige la obra del hombre para ejercitarla, y es además aparente, toda vez que es signo permanente y exterior el tejado vertiendo sobre el suelo.

371. Si el espacio debajo del tejado es común de los dos propietarios vecinos, ¿es lícito hacer caer en el mismo las aguas del tejado propio?

El principio general es que uno de los copropietarios no puede imponer una servidumbre en beneficio de su predio sobre el suelo común. Sin embargo, el rigor de este principio podría atenuarse en el caso presente, dado que ambos copropietarios se concediesen el derecho de hacer caer sus aguas de lluvia sobre el suelo común. Así, pues, cuando de la vertiente de los tejados pueden gozar ambos propietarios y cuando esto no se oponga al destino del suelo común, opinamos que puede ejercitarse aquella sobre el mismo.

372. La ley dice que no se puede dejar caer las aguas de lluvia de los tejados sobre el predio vecino. Pero para interpretar como se debe esta prohibición, es preciso ponerla en relación con la disposición legislativa, según la cual, los predios inferiores están obligados á recibir las aguas que corren naturalmente de los predios superiores. Es evidente, pues, que si el predio inferior debe recibir las aguas pluviales que

caen sobre mi propiedad, no queda éste libre de tal servidumbre únicamente porque yo haya construido un edificio; por lo que las mismas aguas que antes corrían continuarán corriendo después, pero de modo que no impliquen un gravamen mayor para el predio sirviente. En su virtud, no podré yo reunir en una sola masa toda el agua de mi tejado y mandarla así en forma de torrente sobre la propiedad ajena, sino que debo dejarla caer naturalmente y de la misma manera que caerían las aguas sin la obra del hombre. Si el predio vecino del propietario A, no está obligado á recibir las corrientes naturales de mi predio, yo no podré dirigir á él las aguas caídas de mi tejado en el suelo, sino que deberé hacer de modo que éstas corran como corrían antes que el edificio se construyera.

«La disposición del art. 594 dice á este propósito, El Tribunal de Casación de Florencia, se limita naturalmente á regular la conducción del desagüe del tejado sobre el terreno sometido, prescribiendo que caiga sobre el terreno del propietario de la construcción ó sobre la vía pública, prohibiendo dejarlas caer sobre el predio vecino, sin ocuparse del caso en que las aguas, después de haber caído sobre el terreno del propietario, pasen por la pendiente natural de los lugares sobre el predio del vecino. En ese caso se ofrecen las normas relativas á la corriente natural de las aguas y contenidas en el art. 536, en virtud del cual el predio inferior está obligado á recibir las aguas que corren del predio superior, naturalmente, sin que la mano del hombre haya contribuido á ello, y con tal que el propietario superior no haga nada en el sentido de agravar la servidumbre.»

373. La prohibición de dejar caer las aguas sobre el predio vecino, se aplica con relación á cualquier

predio ó parte del mismo y sea cual fuere su destino, porque no es lícito á quien no es propietario de un suelo, ocuparlo en todo ó en parte, sea cual fuere su destino. Por lo tanto, si el vecino tuviere un edificio más bajo contiguo al mío, yo no puedo dejar caer las aguas de lluvia sobre su tejado ó cubierta, porque éste es propiedad ajena, que yo no puedo en manera alguna ocupar.

374. Supuesto que el propietario de un edificio debe hacer caer las aguas de su tejado sobre su suelo y no sobre el ajeno, puede hacer valer la presunción de propiedad con respecto á la faja de terreno que se extiende por toda la amplitud del tejado, cuando hubiere controversia entre los dos vecinos acerca de la propiedad de la misma y no se puedan presentar títulos que demuestren á quién pertenece. Contra esta presunción alegada del propietario del tejado, puede el otro hacer valer la prescripción, que es uno de los modos por los cuales la propiedad se adquiere. Por donde, si el espacio sometido á mi tejado hubiere sido cultivado durante más de treinta años por el vecino, el cual ha percibido siempre los frutos, puede reclamar la propiedad en virtud de la prescripción, la cual está, sin embargo, sometida á la servidumbre de vertiente del tejado ya constituido.

---

## CAPITULO VII

### DE LOS MUROS MEDIANEROS

**SUMARIO:** 375. Concepto de la comunidad del muro. Por qué se trata de la misma en el título de las servidumbres.— 376. Cuándo se presume el muro medianero. Muros divisorios de edificios. La presunción de la comunidad no impide reclamar el precio.—376 bis. *Quid* si los edificios se apoyan al muro divisorio en parte de su extensión. *Quid* si la pared divisoria estuviere constituida por un macizo natural.— 377. Muros medianeros de patios, jardines y campos cerrados. Si los patios y campos deben estar cercados.—378. La presunción de la medianería puede combatirse con el título ó con signos en contrario. Si puede combatirse con la prescripción.—379. Cuáles son los signos que rechazan la medianería. Si los indicados por la ley son taxativos. *Quid* si el muro se hubiere construido cuando los dos predios pertenecían á un mismo propietario.—380. Obligaciones de cada copropietario del muro medianero.—371. Puede cada copropietario sustraerse á las obligaciones de la comunidad renunciando á la medianería. Efectos de tal renuncia. *Quid* si el muro después de la renuncia desaparece ó fuere demolido por el propietario.—382. La renuncia debe extenderse á todo el muro medianero, no á una parte del mismo. 383. La renuncia no impide la readquisición de la propiedad.—384. Si el muro sostiene un edificio no puede renunciarse á la comunidad si el edificio no fuese demolido. Si el edificio puede ser demolido á este fin en parte. Si puede renunciar al edificio sin demolerlo. Obligaciones personales contraídas por el renunciante.—385. Apoyo del edificio en un muro media-

nero. Introducción de vigas y clavos. Consentimiento del vecino para semejantes obras. Qué ocurre si no consiente. Dictamen pericial. Gastos. A cargo de quién.—386. Hasta dónde pueden introducirse las vigas y los clavos.—387. Daños originados al vec no por la obra ejecutada en la pared medianera. Obligación de resarcirlos.—388. Elevación del muro medianero. A qué muro se aplica. Conciliación de los artículos 553 y 571 respecto á los muros que dividen dos propiedades en que existen edificios —389. Si la elevación se debe hacer por todo el grueso del muro común. De qué parte se debe hacer la elevación cuando no se ocupe todo el grueso de la pared.—390. Si puede la pared medianera elevarse aunque no sea adecuada para ello. Obligaciones en este caso de quien lo eleva.—391. Si para la elevación se exige el consentimiento del vecino.—392. *Quid* si en el muro que se levanta existen chimeneas.—393. Resarcimiento de los daños causados por la elevación.—394. El vecino puede adquirir la medianería del muro elevado. En ese caso debe pagar la mitad de su costo.—395. Puede obtenerse la medianería de un muro contiguo. ¿Por quién? No es necesario que se obtenga con el objeto de apoyar en él una construcción. Consecuencias de este principio. Imprescriptibilidad de la facultad correspondiente.—396. La medianería no puede obtenerse con respecto á los muros de edificios públicos. Qué edificios se consideran destinados al uso público.—396 *bis*. Si es necesario pedir la comunidad del muro ajeno para obtenerla.—397 Se adquiere la medianería en el estado en que se encuentra. Si el propietario está obligado á prestar garantía por los vicios ocultos.—398. La medianería no debe ser precedida del pago de la suma debida por qu en la adquiere.—399. La medianería debe obtenerse por toda la extensión de la propiedad de quien la pide, pero no es necesario que se extienda á toda la altura del muro *Quid* si varios muros están contiguos por diversos lados á la propiedad ajena.—400. Contra el muro medianero pueden depositarse leñas, abonos, etc. Qué precauciones se deben tomar. Prueba. A quién corresponde.—401 Cuándo se puede obligar al vecino á construir un muro que ha de costearse en común. Esta obligación se impone por razones de interés público.—402. La obligación se refiere á los muros de casas, patios y jardines sitos en la ciudad y suburbios. Qué se entiende por ciudad y suburbios. La indicación de casas, patios y jardines es taxativa.—403. Altura de estos muros. Su espesor.—404. Cómo el vecino puede sustraerse á la obligación de concurrir á los gastos de construc-

ción y reparación del muro de cierre. Cesión del solar. Cuando no tiene lugar ésta.

375. El muro medianero no se entiende en el sentido de que pertenezca por mitad á cada uno de los dos propietarios contiguos, de suerte, que la línea media que lo divide sea el límite de las dos propiedades, porque este concepto repugna á la idea legal de la comunidad y medianería, la cual no existe cuando dos propiedades se consideran divididas por una línea límite.

El muro medianero, pues, es aquel que *pro indiviso* y en toda su extensión y espesor, pertenece igualmente á los dos propietarios contiguos. Hay, realmente, entre la comunidad del muro y la de cualquiera otra cosa esta notable diferencia; que la primera es forzosa, al punto que el propietario no puede pedir la división, mientras la otra nunca puede ser obligatoria y cada copropietario tiene siempre el derecho de exigir que la división se haga.

La ley, al hablar de los muros medianeros, se propone determinar los actos que sobre los mismos pueden ejecutar los copropietarios; pero se dirá ¿por qué trata la ley de este asunto en el título relativo á las servidumbres?

Atendiendo á la copropiedad indivisa de una cosa, es cierto que ninguno de los copropietarios puede ejecutar en la misma actos de su exclusivo interés, porque obrando de tal suerte, invadiría el derecho ajeno. Asi pues, cuando la ley concede á los copropietarios de un muro medianero, el derecho de hacer en el mismo algunas obras en interés exclusivo de quien las hace y no de los demás copropietarios, esta concesión no puede hacerse á título de copropiedad, toda vez

que los límites de la misma no van tan allá; por una parte se referirá al ejercicio del derecho de copropiedad y por otra al ejercicio de un derecho de servidumbre legal, ya que la cosa común de varios se hace servir en todo ó en parte á beneficio exclusivo de uno solo.

Ahora bien; he ahí la razón de por qué las disposiciones que se refieren á los muros medianeros y á los actos que sobre los mismos pueden ejecutarse por cada propietario, no podrán encontrar lugar mejor y más adecuado que en el título relativo á las servidumbres legales.

376. Se presumen muros medianeros según lo dispuesto en el art. 546, aquellos que separan los edificios, patios, jardines y las cercas en los campos.

El muro divisorio de dos edificios se presume medianero aunque uno de ellos sea más alto; sin embargo, en este caso el muro se presume común ó medianero hasta el punto en que uno de los edificios comienza á ser más alto, estimándose por encima de este punto de propiedad del dueño del edificio más alto, mientras no se demuestre lo contrario.

Si en la mayor altura del muro medianero existen chimeneas pertenecientes al propietario del edificio más bajo, semejante circunstancia no sirve para inducir la presunción de que el muro sea medianero en su mayor altura, debiendo considerarse que la abertura ó el apoyo en el muro se han hecho *jure servitutis*.

La presunción establecida en el artículo que examinamos se mantiene, sea cual fuere la forma ó el destino de ambos edificios, y los materiales con que están contruidos. Por donde si yo poseo una terraza que se adhiere al muro de tu casa, esta es suficiente para que

se presume el carácter medianero del muro hasta el punto en que divide los dos edificios. Así también si los dos edificios están contruidos, verbi gracia, con madera, las paredes divisorias se consideran medianeras, é igualmente se considera medianero el muro de piedra al cual se ha apoyado un edificio contruido con madera.

Si el propietario de dos edificios contiguos vende uno, el muro divisorio se convierte en medianero entre el adquirente y el vendedor, porque sirviendo á ambos edificios, y por tanto, al vendido, no puede considerarse excluido de la venta el muro á no resultar de la misma precisamente lo contrario.

Supongamos que al muro de mi edificio el propietario del predio contiguo apoye una construcción suya; ahora bien, la presunción de que el muro divisorio entre los dos edificios es común, ¿tiene lugar apenas el nuevo edificio se haya contruido, de suerte que no habiendo transcurrido los treinta años de la nueva construcción, no pueda yo reclamar el precio que se me debe por el apoyo?

La ley, como veremos en su lugar, no da el derecho al propietario del muro al cual el propietario vecino quiere apoyar su edificio, para negarle semejante apoyo, mientras no se le haya pagado el precio correspondiente á la mitad del valor del muro mismo; de donde se infiere que una cosa es la comunidad del muro y otra el derecho al pago del precio.

Por efecto del simple apoyo de un edificio á un muro, tiene lugar la presunción legal de su carácter medianero; pero tal presunción no destruye el derecho de aquel que ha concedido el apoyo para exigir el precio; por donde mientras la acción correspondiente no haya prescrito, aquel que ha apoyado su edificio á un muro

ya existente, no puede sustraerse al pago, como no sea demostrando haberlo efectuado ya, toda vez que el hecho del apoyo no implica, en manera alguna, la presunción del pago del precio correspondiente al apoyo mismo.

376 bis. El mismo muro que separa dos edificios y que por esto se considera medianero, puede en su prolongación separar dos predios abiertos; en este caso, la presunción de medianería relativa á la parte de muro en que están apoyados los dos edificios, ¿se extiende también á la otra parte en que los edificios no apoyan y que llamaremos libre?

La cuestión tiene un interés práctico en el caso en que el muro divisorio, en la parte libre, debiera considerarse, habida cuenta los signos que en él se encuentren, propiedad exclusiva de uno de los vecinos; en ese caso ¿se dirá que el muro divisorio es medianero hasta el punto en que los dos edificios apoyan en él y propio de uno de los vecinos en la parte restante?

Esta respuesta debiera darse á la cuestión si se considerasen dos los muros divisorios, á saber: uno de ellos hasta el punto en que divide los dos edificios y el otro en la parte restante. Pero el concepto, en virtud del cual se considera como doble el muro que en la misma línea divide dos predios ó dos propiedades, ¿es conforme á la ley?. No, porque ésta considera al muro único en su totalidad, y no tantos muros cuantas son las partes del mismo.

«Es una regla, advierte el Tribunal de Apelación de Roma (1), que la presunción de medianería del muro que separa dos propiedades no puede excindirse, sino que debe considerarse indivisible en todo lo largo del muro divisorio.

(1) Sent. 24 Abril 1879.

*Probata admissa communione parietis in una parte, censetur etiam communis in alia parte, dum unus et idem paries non debet diverso jure censerit.»*

Si el muro, pues, con relación á la parte en que están apoyados los dos edificios, debe considerarse común, también debe considerarse común en la parte que se limita á separar los dos predios y en la cual no se apoyan los edificios.

Para que la parte que separa dos edificios deba considerarse común no es necesario que haya sido construida artificialmente, ya que la ley no exige tal condición; en su virtud, si la pared divisoria está constituida por un macizo vivo, natural, debe considerarse medianera (1).

377. Se presume, en segundo lugar, común ó medianero, el muro que divide los patios, jardines y las cercas de los campos. Si, pues, existe un muro entre dos campos abiertos ambos, la presunción legal no se verifica, ya que la misma supone que los campos están cercados, y no cuando están abiertos. Cuando existe el cercado, no implica si en algunos lados está constituido con setos, tablas ú otros cierres semejantes, porque en rigor lo que se pide es que se impida el acceso al campo. Suponiendo, pues, que un campo esté todo alrededor cercado con paredes, y que el otro esté cercado con setos ó empalizadas, la pared divisoria entre los mismos se considera común porque ambos están cercados.

Hemos dicho que si los campos están abiertos no es aplicable la presunción del art. 546, relativa á la comunidad del muro divisorio; ¿con que criterio, pues,

---

(1) Consultese Sent. Casación de Roma, 22 Diciembre 1880. (Racc. XXIIX, I, 1129).

se procederá en este caso para determinar á quién pertenece la pared?

El criterio aplicable en este caso es el principio general, según el cual, quien reclama un derecho debe procurar la prueba del mismo. Así, pues, quien pretende que el muro divisorio es suyo debe probarlo; y si no hay título la prueba se hará con indicios ó actos que impliquen el concepto de la propiedad. Cuando estos actos se hubieren efectuado por ambas partes, debe prevalecer el concepto de la comunidad del muro.

Fijándonos bien en el texto del artículo que examinamos, nos encontramos con que la condición del cercado se exige tan sólo con respecto á los campos y no se hace indicación alguna del mismo con respecto á los patios y á los jardines; ¿se dirá, pues, que un muro divisorio entre dos jardines ó patios debe presumirse medianero, aun cuando los mismos no estén cercados por todas partes?

El espíritu de la ley no se presta á semejante interpretación. El motivo en efecto, de la presunción de comunidad está en que el muro divisorio sirva al interés de ambos predios. Ahora bien, este interés existe cuando los predios están cerrados por todos lados; porque si están abiertos no es fácil ver el interés que pueden tener ambos predios con el muro divisorio. En este caso, pues, debe prevalecer el concepto de que el muro se ha construido por uno de los propietarios para su interés propio y exclusivo; por donde es aplicable la regla de que quien reclama la propiedad debe procurar la prueba.

Pero, ¿por qué, puede decírsenos, la ley no ha hablado con relación á los patios y á los jardines en los términos que para los campos, disponiendo que deben

estar cercados? Respondemos á esto, que la ley en sus disposiciones atiende á la generalidad de los casos, no pudiendo detenerse en algunos casos raros y aislados, que se comprenden de un modo natural en las disposiciones del derecho común.

Es un hecho que los patios y los jardines están de ordinario cercados, y es un hecho también que de ordinario los campos están abiertos. Al hablar el legislador de patios, jardines y campos, se ha fijado en su modo general de ser, y en el modo con el cual suelen tenerse. Y como ha encontrado que en la generalidad de los casos los patios y los jardines están cercados y los campos abiertos, por eso ha prescrito la condición del cercado para estos últimos y no para los otros.

El muro se presume también medianero, ya cuando separa un patio de otro patio, ya cuando separa un patio de un jardín ó de un campo cercado; pero esta presunción no se verifica con respecto al muro de un edificio que separe á éste del patio, jardín ó predio cercado ajenos.

La razón de esta diferencia la encontramos en la letra y en el espíritu de la ley.

El art. 546 habla de los muros divisorios entre dos edificios, y luego añade que se presumen igualmente medianeros los muros de separación entre patios, jardines y campos cercados.

Según esto, el texto de la ley al hablar separadamente de los edificios, no ha querido confundirlos con los patios, jardines ó campos cercados, sino que más bien ha querido separarlos.

Y no puede decirse que esta separación está desprovista de fundamento.

Ya hemos indicado que la razón de la presunción estriba en que se considera el muro construido en

interés de ambos predios divididos. Este interés común es evidente, sin duda, cuando el muro no desempeña otro oficio que el de dividir las dos propiedades contiguas; pero cuando el muro está destinado á sostener un edificio y aparece construido á la vez que el mismo y en su exclusivo servicio, no puede considerarse que aquel se haya construido en interés de los dos predios, cayendo así por su base el fundamento de la presunción legal.

378. La presunción de la comunidad de un muro divisorio es *juris tantum*, y puede ser combatida, según esto, por la prueba en contrario; por eso el mismo art. 546 se apresura á declarar que la presunción se verifica, si no hubiera título ó signo en contrario.

El título, como todos sabemos, es el documento público ó privado entre vivos ó de última voluntad, del cual resulta la transmisión de la propiedad exclusiva del muro divisorio á aquel que la reclama. Para que semejante documento pueda combatir la presunción legal, debe ser capaz de producir efectos jurídicos; lo que quiere decir que debe estar otorgado con las formalidades prescritas por la ley. Se sobrepone indudablemente al signo, porque mientras éste es un indicio, el título es una prueba irrecusable, y la probabilidad debe ceder su puesto á la certeza.

El signo es alguna cosa exterior existente en el muro, que indique que uno solo de los propietarios ha ejercitado actos de poseedor con relación al mismo y que á él sólo le pertenecen.

Ahora bien; el art. 547 indica algunos de estos signos; pero la indicación ¿deberá considerarse hecha taxativamente ó por *modum demonstrationis*?

No se encuentra en la ley expresión alguna que nos obligue á considerar la indicación como taxativa. El

art. 546 habla de signos en general, y si el legislador hubiera querido referir exclusivamente esta expresión á los signos indicados en el art. 547 siguiente, hubiera hecho conocer de alguna manera esta su intención. Por otro lado, se comprende fácilmente que al indicar el legislador algunos signos, se ha referido á los que son más frecuentes, y que, con preferencia á los demás, se presentan por esto en la práctica como prueba de la propiedad exclusiva del muro divisorio: pero al proceder así no ha podido querer excluir los demás, no habiendo razón lógica y jurídica para rechazar que se pueda combatir la presunción con un signo exterior cualquiera que, á la manera de los que la ley indica, muestre que el muro pertenece exclusivamente á uno de los dos propietarios contiguos. Añadiremos, además, que en caso de duda, tampoco debe considerarse que el legislador ha querido derogar los principios generales, rechazando un medio de prueba adecuado para conseguir su fin.

El art. 546 no habla de prescripción: ¿puede estimarse que ésta sea deducible para combatir la presunción en él establecida?

En pro de la afirmativa, sostenida generalmente por los escritores de derecho, se advierte que la prescripción es un medio como otro cualquiera para adquirir la propiedad, y que, por lo tanto, puede recurrirse á ella para demostrar que si el muro en un principio fué común, luego pasó á ser propiedad exclusiva de uno de los propietarios contiguos.

Me parece que esta teoría no está muy de acuerdo con la ley.

La presunción legal, sin duda, puede combatirse con todo medio de prueba: siempre que sea legal, y, por tanto, con la prescripción. Pero esto procede cuando

la ley no haya restringido los medios de prueba con los cuales se puede combatir la presunción, siendo evidente que en este caso no es posible recurrir á un medio probatorio excluido, sin violar la disposición legal. Ahora bien; el art. 546 sólo indica el título y el signo como medios para combatir la presunción, y así, excluye por completo la prescripción; pues de no ser así, ó habría hablado de ésta también, ó no habría hablado de los otros de una manera exclusiva como le ha hecho.

Y no se ha callado el legislador sin tener motivo. Tratándose de actos de posesión relativos á un muro divisorio, es muy difícil, por no decir imposible, que éstos puedan ser tales que hagan suponer la propiedad exclusiva del muro de parte de quien los verificara. Cuando se alega la prescripción se dice que el muro en un principio ó era común ó pertenecía al otro de los propietarios; pues de no ser así, no se concebiría la prescripción. Ahora bien; los actos que se verifican sobre un muro que es común ó es de otro, no pueden ser nunca tales que impliquen una propiedad exclusiva, porque puede suponerse siempre que el propietario vecino, al tolerar aquellos actos, no ha querido abdicar de su derecho de copropiedad ó propiedad, sino que más bien ha querido conceder tácitamente al vecino un derecho de servidumbre sobre el muro mismo.

379. Con respecto á los signos, los principios que imperan en el art. 547 son tres: 1.º, que el muro pertenece al propietario de la parte en que existan los signos de propiedad exclusiva; 2.º, que existiendo los signos en ambas partes, el muro se reputa medianero; 3.º, que el plano inclinado de la vertiente es el signo que prevalece sobre todos los demás, de suerte que el

muro se reputa siempre que pertenece al propietario de la parte hacia donde se inclina aquel plano.

En el segundo de los casos indicados, la presunción legal de la medianería no se combate, sino que se reafirma; por lo que la prueba contraria no puede tenerse más que en la primera y en la tercera de las hipótesis indicadas. Sin embargo, si respecto de un muro no milita la presunción legal de medianero, por ser, v. gr., el mismo divisorio de dos campos abiertos, la existencia de signos de propiedad de una y otra parte hace prueba de su comunidad cuando no haya un título que demuestre lo contrario.

El plano vertiente no es más que la inclinación del muro en su cima, por el cual corren las aguas de la lluvia. Puede ser único ó doble. Es único cuando la mayor altura del muro está á uno de sus lados y el agua corre toda hacia el lado más bajo; es doble cuando la altura existe en el medio y la inclinación está hacia ambos lados, corriendo el agua tanto al uno como al otro. Si el plano es doble, ninguno de los dos vecinos puede argumentar con él para pretender la propiedad exclusiva del muro divisorio, respecto del cual queda en pie la presunción de medianería; pero si existen otros signos de propiedad, como ménsulas, cornisas, etc., de una sola parte y no de la otra, como no puede prevalecer la indicación del plano que es doble, prevalecen los signos, y el muro se reputará que pertenece al propietario que tiene los signos de su parte.

Si el plano inclinado estuviese todo de una parte y de la otra existen muchos otros signos de propiedad, como ménsulas, cornisas, etc., el muro se reputa siempre que pertenece al propietario del suelo hacia donde caen exclusivamente las aguas del plano inclinado, y

los signos existentes de la otra parte se consideran hechos por el vecino, no *jure proprietatis*, sino *jure servitutis*. No podría sostenerse en este caso una opinión contraria sin violentar el texto del art. 547, en el cual se dice que en todo caso la posición del plano inclinado prevalece respecto de todos los demás indicios; lo que, en otros términos, quiere decir que si de un lado están todos los indicios y del otro sólo el referido plano, éste debe siempre prevalecer sobre aquéllos, sea cual fuere su número y su destino (1).

Adviértase, que la presunción en virtud del plano inclinado, como la que se deriva de cualquier otro signo, supone que la pared se ha construido cuando las dos propiedades contiguas estaban divididas y perteneciendo á propietarios distintos. Si la construcción se hubiera efectuado cuando los dos predios pertenecían á un solo propietario, el cual más tarde ha vendido uno, en ese caso debe deducirse del acto de la venta si la pared divisoria se ha enajenado al adquirente, ó si, por el contrario, el vendedor se ha reservado la propiedad. El signo en ese caso no podría ser en manera alguna indicio de propiedad, porque por cualquiera parte que el muro se considere, la pared no podía menos de pertenecer al propietario de los dos predios (2).

380. Determinados los criterios con arreglo á los cuales se debe decidir si una pared divisoria ha de considerarse ó no como medianera, pasemos á hablar de las obligaciones y de los derechos de cada uno de los copropietarios.

Según el art. 548, los reparos y reconstrucciones

---

(1) Cas. Nápoles. 9 En. 1869.

(2) Cons. Cas. Turín, 27 Mar. 1883.

necesarios de la pared medianera serán sufragados por todos los que sobre ella tengan derecho, en la proporción correspondiente. Esta obligación es una consecuencia de los principios generales que regulan la comunidad, toda vez que las cargas de una cosa corren á cuenta de todos los que de la misma se benefician, y en razón del beneficio que de ella obtiene cada uno. De donde se deriva que la obligación es por razón de la cosa, y no de la persona, con lo cual dicho se está que perdura mientras la cosa existe, y acaba dejando de existir la cosa.

Las reposiciones, tanto ordinarias como extraordinarias, no deben confundirse con los embellecimientos que cada copropietario puede hacer sobre la cara del muro que mira á su predio; porque la reparación es todo aquello que tiene por objeto atender á la conservación de la pared, mientras los embellecimientos sólo tienen como fin el deleite ó placer, sin referirse á la conservación de la misma. Los enjalbegados ó enyesados se comprenden entre las reparaciones, porque preservan á la pared de la acción de las aguas y conservan de este modo su existencia; pero si se tratase de enlucidos hechos en la parte de la pared que da á un espacio cubierto, entonces no tienen ya por fin conservarla, toda vez que la cubierta basta para preservarla de la acción de la intemperie, sino que sirven para su embellecimiento; por lo que, quien quiera hacerlos, debe hacerlos á su coste y no puede obligar á los otros copropietarios á contribuir á ello.

Cuando el trabajo que haya de hacerse en la pared medianera implique verdadera reparación, no importa el que haya que hacerse en la superficie de una de las caras y no en la otra. Todos los copropietarios están obligados á contribuir en razón de sus derechos, por-

que la reparación, aunque hecha en uno de los lados, interesa sin embargo á la existencia de toda la pared.

381. El copropietario puede sustraerse á la obligación de contribuir á las reparaciones que la pared medianera exige, renunciando al derecho de medianería, salvo, sin embargo, lo de cumplir la obligación contratada con el hecho propio respecto á las reparaciones que son una consecuencia necesaria de éste (art. 549). El fundamento de semejante renuncia descansa en el derecho mismo de propiedad, ya que todo propietario puede abandonar la cosa que le pertenece.

Cuando se trata de cosa común, el abandono no tiene lugar para la totalidad de la cosa, sino que se limita al derecho que el que la abandona tenía sobre la misma. Abandonada la cosa, cesa la obligación de sostener las cargas referentes á la misma, y desaparece el fundamento para concurrir á las necesarias reparaciones.

¿Cuáles son, sin embargo, los efectos de esta renuncia con relación al otro copropietario? Es evidente que nadie puede ser constreñido á aceptar la propiedad de una cosa que no quiere; la renuncia, pues, no puede tener por sí sola el efecto de que se considere al otro copropietario dueño absoluto de la pared, y de obligarle por ello á las reparaciones. Por otro lado, el derecho de renuncia corresponde á todos los copropietarios, y no puede ser privado uno de ellos, sólo porque el otro se haya aprovechado antes. En su virtud, diremos que el otro copropietario puede aceptar la renuncia y convertirse así en dueño absoluto de la pared, reparándola á su coste si cree que las reparaciones son necesarias; pero también puede no aceptarla, renunciando á su vez á los derechos que sobre la pared le corresponden, en cuyo caso la demolición de la

misma se hará á costa de ambos, dividiéndose los materiales entre los distintos copropietarios.

Si el otro copropietario, en favor de quien se ha hecho la renuncia, la acepta de una manera expresa ó tácita, ¿podrá el que ha renunciado exigir que conserve la pared que se ha hecho de su exclusiva propiedad?

Téngase en cuenta que el propietario tiene derecho de usar y abusar de su cosa, lo cual comprende la facultad de dejarla deshacerse ó destruirla. Ahora bien; cuando el que era copropietario se ha hecho propietario exclusivo de la pared, ejercita respecto de ella el pleno derecho de propiedad, y quien no tiene derecho alguno sobre la cosa ajena, no puede quejarse del mal uso que el propietario haga de ella. Sin embargo, si la pared abandonada fuese demolida por el copropietario á favor de quien se ha hecho la renuncia, ó se destruyese por la acción del tiempo, el renunciante ¿tiene derecho á exigir una parte de los materiales proporcionada al derecho que sobre el muro tenía?

En la primera edición de este libro sosteníamos la afirmativa, porque creíamos ver en la renuncia como sobreentendida la condición resolutoria para el caso en que la pared dejara de ser tal, á consecuencia de la demolición. Mejor examinada la controversia, creemos preferible la opinión contraria, en cuanto á la renuncia á la comunidad no puede menos de ser absoluta. En efecto; se efectúa ésta con el objeto de librarse de la obligación de contribuir á los gastos de reparación; ahora bien; admitida como implícita la condición resolutoria, resultaría que era eficaz la renuncia en cuanto implica liberación de una obligación é ineficaz en lo que se refiere á la privación de una utilidad del renunciante; lo que no es ciertamente conforme á

las intenciones del legislador y á los principios del derecho.

382. La renuncia de que hablamos, ¿puede hacerse con respecto á una parte de la pared, ó es necesario que se refiere á la totalidad de la misma?

No faltan autores que apoyándose en el art. 556, según el cual, quien apoya un edificio en pared ajena, está obligado á hacerla común en toda su extensión, pero no en toda su altura, sostienen que se puede renunciar á una parte del muro, no en razón de la extensión, pero sí en cuanto á la altura.

No consideramos esta doctrina conforme á la ley. Se opone ante todo el texto, porque el art. 549 no hace la distinción que se encuentra en el art. 556, y por lo tanto, no puede el intérprete introducirla á su arbitrio. En segundo lugar, la ley consiente en sustraerse á las obligaciones de las reparaciones, sólo en cuanto se renuncia á todo beneficio que de la cosa puede obtenerse. Ahora bien; el renunciar á una parte de la pared, precisamente á la que necesita las reparaciones y conservar la otra que no las necesita, equivale á decir que un copropietario quiere sustraerse á la obligación que lo grava, pero conservando los beneficios que obtiene de la cosa común: semejante renuncia no puede considerarse en verdad conforme al espíritu de la ley.

Adviértase, sin embargo, que la totalidad del muro á que se debe renunciar, debe ser la que resulte únicamente de la medianería.

Así, si sobre mi predio existe una pared de veinte metros de largo, diez de los cuales son medianeros con Ticio, mientras los otros diez son de medianería con Sempronio, renunciando á la copropiedad que tengo con este último, no estoy obligado á abandonar la pa-

red medianera con el otro; porque estas dos medianerías son independientes y la una no influye sobre la otra.

383. Una vez renunciada la medianería, ¿puede ésta readquirirse?

No vacilamos en contestar que sí. El efecto de la renuncia puede, claro es, ser el de que la pared se convierta en propiedad exclusiva del vecino. Ahora, siendo una pared divisoria, puede uno de los vecinos apoyar en ella su construcción aun cuando la propiedad corresponda al otro; así, por efecto de este apoyo, la pared que ha dejado de ser medianera, puede volver á serlo; sin embargo, en este caso, el antes renunciante que pide el apoyo, debe pagar el valor de la mitad de la pared, según la ley dispone.

384. La renuncia de la medianería no puede hacerse, según el art. 549, cuando la pared medianera sostenga el edificio perteneciente al renunciante; porque en este caso, la renuncia no tendría otro objeto que el de sustraer al renunciante á la obligación de las reparaciones, sin perjuicio de aprovecharse de los beneficios provenientes de la pared medianera que sostiene su edificio.

Sin embargo, si el vecino demoliera su edificio, puede renunciar á la medianería, porque en este caso ya no tiene beneficio alguno de la pared á que renuncia; pero tiene la obligación de hacer por primera vez las reparaciones y las obras que la demolición haga necesarias á fin de evitar todo daño al vecino (art. 550). Así, quien hace la demolición, está obligado á hacer el ángulo en el punto en que la pared demolida se unía á la pared común por ser esto necesario por motivos de seguridad. Del propio modo, si las paredes demolidas sostenían la pared medianera y hubiere peligro

de que ésta se venga á tierra por falta de los apoyos, debe, quien ha demolido, hacer las obras necesarias para impedir el derrumbamiento de la pared antes medianera.

No consideramos necesario que el edificio sea demolido en su totalidad, para que pueda renunciarse á la medianería de la pared divisoria. Y como la demolición sólo se ejecuta en cuanto por efecto de la misma no se aprovecha ya la pared antes medianera, basta, en rigor, que se destruya la parte que se apoya en la pared común para que sea admisible la renuncia. Sin embargo, la porción de edificio adherente á la pared medianera debe ser toda demolida si se quiere hacer la renuncia eficazmente, y no se puede por las razones ya expuestas demoler el apoyo en una parte de la pared á que se renuncia, y conservar la medianería en la otra parte en que el edificio queda apoyado. Este principio se aplica tanto con relación á la extensión de la pared medianera, como con respecto á su altura.

Si uno de los copropietarios quisiera renunciar ó hasta abandonar su edificio, para sustraerse á la obligación de reparar la pared medianera, no podría hacerlo oponiéndose el otro copropietario, porque éste no puede ser constreñido contra su voluntad á hacerse propietario de un inmueble; es, por tanto, preciso que el que renuncia se resigne á hacer la demolición del edificio á su costa si quiere que su renuncia sea eficaz. Es necesario también que la demolición preceda á la renuncia, pues ni aun podría ser ésta eficaz aunque fuese acompañada de la obligación de demoler luego el edificio.

Y la razón es obvia.

En efecto; si se admitiese la eficacia de la renuncia con anterioridad á la demolición, el renunciante po-

dría sustraerse á la obligación de reparar los daños causados en la pared antes medianera con aquélla, precisamente porque la pared ha dejado de ser medianera en el momento en que se destruye el edificio.

La renuncia á la comunidad de la pared después de la demolición, no exime de las obligaciones personalmente contraídas con anterioridad por efecto de aquélla.

Supongamos que yo haya obtenido del vecino la facultad de apoyar en su pared un edificio mío; demoliendo más tarde éste y renunciando á la comunidad, ¿puedo sustraerme á la obligación personalmente contraída respecto del vecino y relativa al pago del valor de la pared según la ley? Ciertamente que no; porque esta obligación es personal derivada de un contrato expreso ó tácito, y no está en mis facultades el poder sustraerme á ella, renunciando á la copropiedad adquirida.

Cuando, dice á este propósito el Tribunal de Apelación de Cagliari, se haya pagado el precio debido por el apoyo, como todo el mundo puede renunciar á su propiedad siempre que la juzgue gravosa é inútil, podrá muy bien, si así lo quiere, renunciar al derecho de la comunidad para eximirse de la obligación de concurrir á los gastos de las reparaciones que en la pared pueden ser necesarias; pero jamás podrá admitirse su renuncia al efecto de eximirse del pago del precio más arriba indicado.

385. Todo copropietario de la pared medianera puede, según lo dispuesto por los artículos 551 y 552, apoyar en la misma su construcción, introducir en ella vigas de suerte que entre la cabeza de la viga y la cara opuesta, quede un espacio de cinco centímetros, y

atravesarla, observando la distancia indicada, con clavos y poner por el lado opuesto contrafuertes. Puede también, según el art. 557, practicar en él una excavación cuando no constituye, una luz ó una ventana de vistas (art. 583).

Es preciso, en primer lugar, investigar si el vecino, para proceder á semejantes obras, necesita del consentimiento del otro. El citado art. 557 dispone á este propósito, que ninguno de los vecinos podrá practicar excavaciones en la pared medianera, ni aplicar ni apoyar en él obra nueva alguna, sin el consentimiento del otro, y en caso de rehusarlo éste, sin haber hecho determinar por peritos tasadores los medios necesarios para que la obra no pueda perjudicar de ninguna manera los derechos del otro.

Las expresiones que se leen en este artículo son sin duda generales, de suerte que se refieren á todo trabajo que uno de los vecinos quiera practicar en su exclusivo interés en la pared medianera. De no ser así, no se comprende por qué motivo la ley debería exigir el consentimiento del vecino para practicar una abertura en el muro común, dispensando del mismo á quien quisiera apoyar una edificación ó introducir una viga, obras estas que son de mayor entidad y más peligrosas para el otro copropietario que una simple excavación.

Esta doctrina puede no aparecer de acuerdo con el texto de la ley, toda vez que en los artículos 551, 552 y 553 se habla de obras que el copropietario puede ejecutar en la pared medianera sin imponerle la obligación de obtener el consentimiento del otro copropietario. De este consentimiento se habla por primera vez en el art. 557; así, pues, debe considerarse necesario sólo para las obras de que se habla en este último ar-

tículo, y no para aquellas de que hablan los artículos precedentes.

Pero semejante interpretación no nos parece conforme al texto.

En efecto; el art. 557 no habla de obras especiales distintas de aquéllas á que se refieren los artículos 551, 552 y 553, sino que habla de obras en general: ninguno de los vecinos, dice, puede hacer ninguna excavación en la pared medianera, ni aplicar, ni apoyar en él ninguna nueva obra sin el consentimiento del otro; ahora bien, se aplica ó se apoya una nueva obra no sólo cuando un nuevo edificio se apoya en la pared común, sino también cuando se introducen en ellas vigas, ó se abren chimeneas, ó se le atraviesa con clavos ó se la levanta. La locución genérica del artículo 557 es tal, que puede comprender también las obras indicadas en los artículos anteriores.

Pero, se dirá, siendo esto así, ¿no hay alguna contradicción entre el art. 557 y los precedentes? No, porque el objetivo de este artículo es distinto de los otros anteriores. En efecto; los artículos 551, 552 y 553 determinan y establecen los derechos correspondientes á cada copropietario de la pared medianera, mientras el 557 establece el modo práctico para el ejercicio de tales derechos y quiere conseguir el fin de pedir que se ejerciten en daño del otro copropietario. Así, está bien que el copropietario tenga derecho de hacer en la pared medianera las obras indicadas en los artículos citados, pero también está bien que cuando quiera ejecutar algunas de estas obras procure obtener del otro copropietario el consentimiento, y en caso de no obtenerlo, que judicialmente haga determinar los medios necesarios para que la obra no resulte en perjuicio de los derechos del otro copropietario.

Es necesario que el que edifica en caso de desacuerdo proceda al dictamen pericial judicialmente y en contradicción con su vecino, porque si obtiene un dictamen pericial extrajudicial, el vecino no está obligado á seguirlo; es, pues, indispensable acudir á los tribunales.

¿Qué decidir, sin embargo, con respecto á los gastos del dictamen pericial y del juicio? Nos parece oportuno distinguir entre los gastos del dictamen y los ocasionados por injustas oposiciones suscitadas en el juicio. Los primeros deben ponerse á cargo del que edifica; porque teniendo éste la obligación de hacer determinar los medios necesarios para no perjudicar los derechos del otro copropietario, debe correr á su cargo todo lo que es necesario para el cumplimiento de semejante obligación. El dictamen pericial judicial nos parece necesario á este fin, porque el otro copropietario tiene el derecho de estar seguro de que los medios empleados son eficaces para tutelarlos, seguridad ésta que no se obtiene en caso de discordia, á no ser con un dictamen pericial judicial.

Los demás gastos deben, según los principios generales de derecho, ponerse á cargo del demandado.

386. Aun cuando las vigas puedan introducirse más allá de la mitad de la pared siempre que de la parte opuesta quede un espacio libre de cinco centímetros, sin embargo, el otro vecino si quiere introducir una viga por el mismo punto, tiene el derecho de llevarla hasta la línea media de la pared. La ley concede este derecho al vecino, sea cual fuere el objeto y sea cual fuere la obra para la cual quiere introducir una viga en el mismo punto en que la ha colocado el otro vecino. Sin embargo, como las leyes deben interpretarse razonablemente, *et malitiis haud indul-*

*dum*, consideramos que si el vecino por pura rivalidad y sin perseguir un fin práctico quiere colocar su viga, ó bien, si puede colocarla igualmente en otro punto sin perjuicio y la cortadura de la viga puesta ya por el vecino pueda dañar su obra, nos parece que el magistrado debe rechazar su pretensión como toda aquella que daña á otro, sin causar beneficio á quien la verifica.

Con respecto á los clavos y demás que, como las vigas, pueden colocarse á distancia de cinco centímetros de la cara opuesta, el art. 532 no repite las expresiones del 551 relativas al acortamiento que puede hacer el vecino; es preciso, pues, admitir que éste no tiene derecho á cortarlos hasta la línea media de la pared si quisiera introducir otro clavo, sino que debe colocarlo en otro punto. Esta teoría nos parece evidente tanto porque la ley *ubi voluit expressit*, como porque estos últimos no pueden cortarse sin peligro y sin amenguar su eficacia, mientras las vigas pueden ser cortadas sin estos inconvenientes.

387. Si, no obstante el consentimiento obtenido, ó á pesar de las precauciones sugeridas por los peritos y debidamente tomadas, la obra resulta dañosa para el vecino, no hay duda de que el que edifica está obligado al resarcimiento de los daños y á demoler la obra, si la demolición fuese necesaria para remover la causa del daño. Quien en efecto consienta que el vecino haga una obra en la pared medianera, supone ciertamente, á menos que se demuestre lo contrario, que la obra no es dañosa y que por lo mismo el vecino tiene derecho á hacerla; por donde resulta que si la obra causa un daño, el consentimiento prestado no equivale á la renuncia á la acción para el resarcimiento. Del propio modo, las precauciones y los tra-

bajos sugeridos por los peritos se verifican precisamente porque se cree suficientes para evitar el daño; pero si el hecho se opone á semejantes previsiones, el derecho del vecino no debe experimentar por ello detrimento.

388. Todo copropietario de una pared medianera tiene también derecho á levantarla; pero según prescribe el art. 553, corren á su cargo los gastos de la elevación y las reparaciones para la conservación de lo que se ha levantado y las obras necesarias para sostener el mayor peso derivado de la mayor altura y conseguir que la pared sea igualmente sólida, como, por ejemplo, todo lo preciso para hacer la pared inferior más gruesa al efecto de que sostenga el peso que se le impone, si bien esto debe efectuarse en el suelo de aquel que procede á elevar la pared.

Esta facultad del art. 553, concedida á todo copropietario, es absoluta y corresponde siempre, sea cual fuere el objeto ó el destino que se persiga con la mayor elevación de la pared. Sin embargo, siempre que ésta se quiera hacer por pura rivalidad, v. gr., para oscurecer la propiedad del vecino sin utilidad alguna para el que edifica, consideramos que el magistrado puede prohibirlo, porque no es posible que la ley conceda derechos con el solo fin de perjudicar á otros. Debe considerarse, por otro lado, que al dar la ley al copropietario de una pared medianera la facultad de ejecutar algunas obras, deroga los principios generales de derecho, según los cuales no podría aquél hacer á su arbitrio innovaciones en la cosa común y mucho menos innovaciones que la benefician exclusivamente. Ahora bien; si el legislador ha introducido esta derogación en consideración de la utilidad que de ella se deriva, es absurdo pensar que la mantenga, con el fin

de procurar á uno de los copropietarios un medio de despacharse á su gusto.

«Cuandoquiera que se demuestre, dice á este propósito el Tribunal de Casación de Turin (1), que la elevación de la pared medianera, sin producir utilidad alguna á quien la proyecta, no podrá menos de dañar al vecino, la nueva obra puede ser prohibida en consideración al fundamento de la ley y al principio *malitiis non esse indulgendum*.» El daño, por lo demás, que el vecino experimente con la elevación de la pared medianera, no es razón suficiente para impedir al otro copropietario el ejercicio de la facultad que la ley le concede, cuando tal ejercicio sea útil á su interés, porque *qui jure suo utitur nemini injuriam facit* la elevación de la pared en este caso sólo puede ser prohibida cuando exista á favor del vecino y á cargo del otro la servidumbre *altius non tollendi* (2).

La facultad de elevar el muro medianero puede ejercitarse aun cuando éste divida un edificio privado de otro destinado al uso público, no siendo aplicable en este caso el art. 556, que prohíbe adquirir la medianería de la pared perteneciente al edificio destinado á uso público.

Realmente, como advierte el Tribunal de Apelación de Génova (3), la construcción de que habla el artículo 553, difiere mucho de aquélla que se refiere al artículo 556. En efecto; mientras el copropietario, al levantar la pared medianera, realiza hechos que tienen su raíz en su condominio de una parte de dicha pared y suelo correspondiente, en cambio el constructor

---

(1) Sent. 22 Jul. 1874; V. Cas. Florencia, 23 Dic. 1872.

(2) Sent. 23 Jun. 1875.

(3) Sent. 18 En. 1875.

quiere apoyar en la pared ajena una edificación propia pretende con esto convertirse en socio y participe de una propiedad absolutamente ajena. Siendo, pues, distintas las dos hipótesis, la prohibición que se refiere á una no puede extenderse á la otra. La facultad de levantar, ¿corresponde también con relación á la pared medianera de cierre? No vacilamos en contestar que sí, por no poder el intérprete introducir excepciones que no están en el texto.

Y no se opone á lo dicho el art. 559, en el cual se dispone que se puede obligar al vecino á contribuir á los gastos de construcción y reparación de una pared de cierre hasta la altura de tres metros; porque si en virtud de esta disposición la pared se construye á gastos comunes hasta la altura de tres metros, esto no impide que, por lo que refiere á la mayor altura, se construya á costa tan sólo del copropietario á quien interesa (1).

Es necesario, sin embargo, poner de acuerdo al artículo 553 con el art. 571.

Supongamos que una pared común divida mi propiedad de la tuya, y que yo haya edificado una casa á un metro de distancia de la pared divisoria; en este caso te será lícito levantar la pared medianera con el objeto de construir un edificio.

Según el citado art. 571, se reputa nueva construcción hasta la simple elevación del muro ya existente; por tanto, es necesario que tú construyas á la distancia legal de tres metros de mi casa siempre que no pretendas apoyar tu construcción en la mía pagando el suelo que ocupas y la mitad del valor de la pared divisoria que se habría de demoler. Si, en cambio, mi

---

(1) V. Cas. Nápoles, 29 Feb. 1883.

casa está á distancia de un metro y medio ó más de la pared, aun en este caso podrás levantarla si entre la elevación y mi casa no hay tres metros de distancia; pero es necesario, cuando mi casa no diste tres metros de la pared, que tú construyas tan separado de la pared cuanto sea necesario para que tu construcción esté á tres metros de la mía (1).

389. Para poder ejercitar la facultad de levantar la pared medianera, no creemos necesario que la elevación deba hacerse por todo el grueso del muro, porque el ejercicio de un derecho, no puede estar supeditado al cumplimiento de una condición que la ley de ninguna manera impone.

Se observa en contra de esto, que construyendo sobre la mitad del muro, se haría más gravosa la construcción de la otra mitad, que el vecino tendría también derecho de hacer (2). Pero este argumento no nos parece con fuerza suficiente para inducirnos á añadir á lo dispuesto por la ley, condiciones que en ella no se encuentran, porque cuando uno usa de su derecho y dentro de los límites del mismo, no puede impedírsele su ejercicio porque éste resulte molesto para otro. Ambos copropietarios de la pared común tienen el derecho de levantarla, ya sea por todo su espesor, ya por una parte de él; por tanto, cada cual de ellos puede usar de este derecho sin que en este hecho pueda verse una lesión al derecho del otro (3).

¿Es necesario, sin embargo, que quienquiera levantar una pared más pequeña sobre la pared medianera, la levante toda de su parte, de modo que el espacio

---

(1) V. Cas. Turín, 24 Jul. 1874.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, ob. cit., n. 383.

(3) V. Apel. Catania, 8 Jul. 1881.

correspondiente al mayor espesor de la pared levantada quede de la parte del vecino?

No vacilamos en responder que sí, ya porque en otro caso el que edifica haría servir como espacio habitable el mayor espesor del muro, lo que es contra el destino de éste, cuyo oficio es el de separar dos propiedades, ya también porque, en el supuesto contrario, cuando el vecino quisiera continuar la elevación por todo el espesor del muro, no podría hacerlo sin demoler lo que ya está hecho para volverlo á hacer de nuevo.

Quien ha elevado de su parte una pared más pequeña, no puede quejarse si el vecino, apoyando en ella su nueva construcción, ocupa y goza el espacio constituido por el mayor espesor del muro inferior, porque semejante goce es una consecuencia necesaria del derecho que le concede la ley para aprovecharse de la mayor elevación de la pared común hecha por el otro copropietario. Si éste no quiere que goce aquel espacio, el vecino debe continuar la elevación del muro en todo su espesor, exigiendo luego al otro que quiera aprovecharlo la indemnización de la ley.

Elevada la pared medianera por un espesor menor que el ya existente, no es lícito abrir en el mismo lúces, porque, como observa el Tribunal de Apelación de Lucca, (1) la prohibición que se deriva del art. 586 es absoluta, general é indistinta, y comprende, en su significado lógico y jurídico, tanto el caso en que la elevación se verifica por vía de continuación de todo el espesor de la pared medianera, como aquél en que queda circunscrita á la parte de la referida pared que se encuentra dentro de la línea media.

---

(1) Sent. 11 Julio 1873 (*An.* VII, 2527).

390. La elevación de la pared medianera puede hacerse tanto en el caso de que ésta sea capaz de sostenerla, como cuando no lo fuere. En este último caso, sin embargo, dispone el art. 554 que quien quiere levantar debe reconstruir la pared medianera por entero á su costa y sobre su propio suelo, en cuanto al mayor espesor que haya de darse á la misma para ponerla en condiciones de sostener la mayor elevación. Cuando sea necesario demoler la pared medianera vieja, quien la reconstruya puede emplear los materiales recogidos en la demolición; y cuando no sean buenos, puede venderlos y sustituirlos por los mejores, no habiendo en esto lesión alguna del derecho del vecino, toda vez que si el otro se apropia el precio de la venta, pone á su costa materiales mejores y haciendo así cosa útil y no perjudicial al otro. La nueva pared edificada, ¿puede considerarse, por el solo hecho de la construcción medianera en el mayor espesor edificado sobre el suelo, de quien la ha levantado?

Que la pared queda medianera por lo que al antiguo espesor se refiere, no puede ofrecer duda; pero no creemos que puede decirse lo mismo con relación á su mayor espesor. Ciertamente es que la pared, materialmente es una y no puede dividirse en dos; pero lo que materialmente es indivisible puede ser legalmente divisible, para determinar los derechos de los dos propietarios vecinos sobre la pared misma. Ahora bien; que la pared en su mayor espesor es propia del que edifica, se infiere del art. 555, el cual dice que cuando el vecino quiera adquirir la comunidad de la mayor altura, debe pagar la mitad de cuanto ha costado y el valor de la mitad del suelo ocupado por el mayor espesor.

En el pago de la mitad del coste de la mayor altura

se comprende, sin duda, el gasto efectuado para reconstruir la pared común, tanto porque este gasto se ha hecho á causa de la elevación, como porque si el otro vecino hubiera querido proceder á la misma hubiera tenido que hacer un gasto idéntico. Si, pues, el vecino contribuye á los gastos necesarios y paga la mitad del suelo ocupado cuando pide la comunidad de la mayor altura, desde este momento, y no antes, adquiere la comunidad de la pared del suelo en el mayor espesor de aquélla.

391. ¿Se exige el consentimiento del vecino cuando se trata de levantar la pared medianera?

El derecho de levantar corresponde independiente-mente del consentimiento del otro copropietario porque arranca de la ley. Pero el consentimiento del copropietario debe ser pedido, según el art. 557, para la actuación de semejante derecho, á fin de establecer las precauciones que hayan de observarse para que la elevación no produzca daños. De no obtenerse este consentimiento es preciso invocar el dictamen pericial judicial.

Si el vecino comienza á levantar la pared sin atenerse á las prescripciones del art. 557, el otro tiene derecho á denunciar la nueva obra, que puede causarle daño, y obtener del juez que se suspenda aquélla, mientras el que edifica no se haya puesto en condiciones legales.

392. Si en la pared medianera que se levanta existen chimeneas que pertenecen al vecino, está obligado el que edifica á proseguirlas á su costa en la mayor altura de la pared, porque al usar de su derecho, no puede éste perjudicar el derecho, ya adquirido del vecino, á tener una chimenea en la pared medianera, y en el lugar en que se encuentra.

393. Quien levanta el muro común está obligado, según lo que dispone el art. 554, á resarcir al vecino de los daños que por el hecho, aunque sea temporal, de la elevación ó de la nueva construcción tuviese que sufrir. La disposición legislativa no distingue entre daños y daños, por lo que es necesario referirse á los principios generales que establecen cuál es el daño resarcible. Y como el daño no sólo lo constituye el deterioro de la cosa y los gastos que haya que hacer por el hecho ajeno, sino también las ganancias que á causa del hecho mismo se pierden, realmente el que edifica está obligado á resarcir al vecino toda clase de daños. A modo de ejemplo diremos, que en caso de demolición y reconstrucción de una pared medianera, el que edifica no sólo debe colocar como estaban los techos y los pavimentos del vecino, pintar las paredes, etc., sino que si la pared servía de cierre á un café, á un comercio, á un departamento alquilado, etc., y á causa de la demolición no han podido explotarse ni el café, ni el comercio, ni se ha podido alquilar la habitación, debe resarcir al vecino por las pérdidas experimentadas, tanto las de los alquileres como las de las ganancias provenientes de las industrias.

Cuando los daños consistan en molestias leves inherentes por sí mismas á la medianería, creemos que no ha lugar al resarcimiento, por estimar que son las que cada copropietario debe sufrir en su calidad de tal. En su virtud, si para la elevación de la pared yo he tenido que introducirme por algún tiempo en tu sótano ó en tu habitación sin causar por ello perjuicio alguno, no se podrá exigirme indemnización por esta y otras molestias semejantes, que se conceptúan como una consecuencia inevitable de la medianería.

394. Ya hemos indicado que el art. 555 concede

derecho al vecino que no haya contribuido á los gastos de la elevación de la pared medianera, á adquirir la medianería pagando la mitad de cuanto ha costado, además del valor de la mitad del suelo que se hubiere ocupado, con el mayor espesor de la pared; nos queda por ver si esta disposición debe de ser aplicada también cuando la medianería se pida, en ocasión de que la pared levantada esté en mal estado.

Cierto es que la disposición del artículo citado está concebida en términos absolutos y tales que excluyen toda distinción; pero, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la disposición de que se trata es excepcional, porque el precio de una cosa, según los principios generales, se deduce de su valor real y no del valor de coste. Ahora bien; tratándose de una excepción de los principios generales, es preciso atender á la intención del legislador para darle un sentido conforme con la misma, y evitar de este modo el aplicarla más allá de los límites que el propio legislador haya querido señalar.

El legislador, en nuestro concepto, quiere que el vecino que quiera aprovecharse de la elevación pague la mitad del costo, á fin de impedir que especule injustamente con la obra ajena. Supongamos que la pared haya costado diez, y que su valor, según los peritos, sea de ocho. Ahora bien; si se admitiese que el vecino que se aprovecha de la medianería del muro le basta pagar sólo cuatro, se agravaría injustamente la condición del otro copropietario, porque resultaría que por una cosa útil y beneficiosa por igual á ambos, el uno pagaría cuatro y el otro seis, lo cual evidentemente es contrario á la justicia y á la equidad. Pero este razonamiento supone, que en el momento en que se pide la comunidad, el muro se encuentra en el

mismo estado que cuando se edificó, porque si éste está en ruina y obliga al vecino á reconstruirlo ó á hacer gastos para ponerlo en buen estado, entonces ya no será verdad que el vecino, pagando la mitad del verdadero valor real, se aprovecha de los gastos hechos por el otro; pero en cambio, el que edifica se aprovecharía de su incuria ó de la mala construcción, para obligar al otro copropietario á pagar la mitad del gasto de costo. Consideramos, pues, según lo expuesto, que si el muro está en mal estado, quien reclama la comunidad tiene el derecho de hacerlo estimar y pagar con arreglo á su valor actual.

395. No sólo la mayor altura de la pared medianera efectuada á costa de uno de los copropietarios, puede hacerse común por el otro vecino, sino que también se puede hacer medianera la pared ajena. Dispone el art. 556: El propietario de un predio contiguo á una pared, tendrá también la facultad de hacerla medianera en todo ó en parte, siempre que lo haga por toda la extensión de su propiedad, pagando al propietario de la pared la mitad del total de su valor, ó la mitad del valor de aquella parte que quiera hacer común, y la mitad del valor del suelo sobre que esté construido el muro, y ejecutando los trabajos necesarios para no causar ningún perjuicio al vecino.

La comunidad del muro ajeno no puede conseguirse más que por quien es propietario del predio contiguo á la pared. El enfiteuta se considera como propietario, y por tanto, puede pedir la medianería de la pared ajena, pero no ocurre lo mismo con el usufructuario, el usuario y el arrendatario, los cuales poseen el predio precariamente. Se exige, además, que la pared esté contigua al predio de quien pide la comunidad. Esto no quiere decir que si en la pared del vecino

existe alguna distancia del límite, no pueda convertirse en medianera, porque el art. 571 faculta á aquel que quiere construir para apoyar su construcción en la pared del vecino, que no diste metro y medio de la línea límite; pero hay una notable diferencia entre lo dispuesto por los dos artículos 556 y 571, que el intérprete no puede pasar en silencio.

El último de los artículos citados se refiere á la comunidad que puede pedirse en una condición dada, cual es la de que el vecino quiera construir y apoyar su construcción en la pared de la casa perteneciente al otro vecino; de donde resulta, que si quien pide la comunidad de una pared no contigua con el predio propio, sino distante del límite menos de metro y medio, será rechazado en su petición si no se encamina á apoyar un edificio en la pared que quiere hacer medianera; por el contrario, el art. 556 no subordina á condición alguna la comunidad de una pared contigua al predio propio, ni quien quiere obtenerla está obligado á dar á conocer el objeto que con ello persigue.

Aun sin querer apoyar obra alguna en la pared contigua, puede hacerse ésta medianero, porque interese al vecino que no sea destruido, y que el otro concorra á los gastos necesarios para las reparaciones y construcciones, á menos que no se decidiese á abandonarla.

No exigiéndose para convertir en medianera la pared contigua, que esto se haga con el objeto de apoyar en ella una construcción ú obra cualquiera, la comunidad corresponde con relación á cualquier pared construida con madera ú otros materiales impropios para sostener un edificio. Del propio modo, corresponde aquélla en el caso en que el muro de una casa esté contiguo al predio de quien pide la comunidad,

porque la ley no hace distinción alguna. Y no podría rechazarse la demanda, cuando el propietario de la pared hubiera adquirido *jure servitutis* el derecho de tener en él vistas, porque si las ventanas impiden al vecino quitárselas, apoyando al muro su edificio, no impiden pedir la comunidad del muro que puede interesar al vecino, aun cuando no pueda servirse de él con el objeto de edificar. En efecto; puede tener gusto en ser copropietario de la pared que cierra su predio, para impedir, v. gr., que sea destruida, cuando así conviniera á su actual y exclusivo propietario, y puede la comunidad interesarle para introducir alguna cosa en la pared común, abrir chimeneas, adornarlo, etcétera; de donde resulta que la demanda de comunidad debe admitirse siempre, no pudiendo ser obstáculo el derecho adquirido á la servidumbre de vistas.

La facultad de obtener la medianería es imprescriptible, porque se trata de facultad que uno puede ó no ejercitar, porque el no ejercicio de la misma no equivale á una tácita renuncia ó abandono.

La facultad corresponde, tanto con respecto á las paredes construidas bajo el imperio del Código, como con relación á las preexistentes á su promulgación, porque en materia de derechos derivados exclusivamente de la ley, no puede plantearse cuestión alguna relativa á derechos adquiridos, toda vez que la ley que concede un derecho puede más tarde negarlo, ó viceversa todo ello sin vicio alguno de retroactividad (1).

396. Una excepción á la facultad de obtener la me-

---

(1) Consúltese á este propósito la Sent. del Trib. de Apelación de Florencia 7 Mayo 1870. (*Annuali*, IV, 2.237); véase además Sent. Trib. Cas. Turín, 7 Febrero 1872 (*idem*, VI. 1.75.)

dianería es la que establece el art. 556 respecto á los edificios destinados á uso público.

Conviene, sin embargo, no confundir los bienes que tienen un destino de uso público, como los templos, los teatros, las escuelas, las bibliotecas, los palacios del parlamento, de los ministerios, de las diferentes oficinas, etc., con los bienes patrimoniales pertenecientes al Estado, á los municipios ó á las provincias.

En efecto; la prohibición se aplica sólo á los primeros y no á los segundos, los cuales están en el comercio y pueden ser objeto de contrato.

Y no se diga que dichos bienes no pueden enajenarse sin ciertas formalidades, para inferir de ahí que el Estado, la provincia ó el municipio no pueden ser obligados por el vecino á cederle la medianería de la pared propia de alguno de los mismos; porque en este caso se trata de enajenación forzosa, consentida por la ley, por razones de orden público, á la cual, por lo tanto, son aplicables únicamente las disposiciones del Código á que nos referimos, y no las relativas á las enajenaciones voluntarias pertenecientes á dichas instituciones.

Cuando el edificio está destinado á uso público, la prohibición de convertir en medianeras las paredes contiguas, se extiende también á los accesorios, que siguen la naturaleza de la principal.

Por lo tanto, si hubiera anexo al edificio un patio ó plazoleta cercados, el destino á uso público los comprende y no pueden convertirse en medianeras sus paredes por el propietario contiguo (1).

Una estación de ferrocarril ¿debe considerarse como edificio destinado á uso público de modo que no pueda

---

(1) Casac. Turín, 14 Mayo 1879.

obtenerse la comunidad de los muros que la cercan?

Se ha sostenido la afirmativa en esta cuestión (1), pero no creemos tal opinión aceptable.

Los ferrocarriles, según hemos visto hablando de los bienes, no pertenecen al dominio público, sino á quien los construye, y son, además, bienes susceptibles de hipoteca; así, las estaciones y sus accesorios no pueden comprenderse entre los bienes de dominio público.

Y no se diga que las estaciones del ferrocarril están destinadas á uso público; porque los edificios destinados á uso público, como todas las cosas al mismo uso destinadas, pertenecen al dominio público y están fuera del comercio; ahora bien, si las construcciones de los ferrocarriles no son bienes de dominio público tampoco pueden considerarse como bienes de uso público. Verdad es que el público puede entrar en dichos edificios y que están destinados al ejercicio de un servicio público; pero esto no basta para poder comprenderlos entre los bienes destinados á uso público, como, por ejemplo, los templos, los palacios de los Parlamentos, los museos públicos, etc. El edificio está, en efecto, destinado al uso público, cuando este uso constituye su única razón de ser, de modo que sirva al interés y al bien de todos, y no al interés privado de uno solo.

Ahora bien; los edificios de los ferrocarriles sirven para el ejercicio de una industria, la cual, aunque interesa al público en cuanto procura un medio rápido y poderoso de transporte, interesa directamente al que la ejerce toda vez que los beneficios provenientes de la industria misma le aprovechan. Son, por lo tanto,

---

(1) Sent. 24 Enero 1884.

edificios de los cuales el propietario obtiene un beneficio ó lucro, y por más que este beneficio ó lucro se debe obtener mediante el ejercicio de una industria que interesa al público, esto no basta para que pueda comprendérselos entre los edificios de uso público, y por lo tanto, inalienables é imprescriptibles.

Si una ley anterior al Código permitiera pedir la medianería de las paredes pertenecientes á edificio de uso público y la demanda correspondiente hubiera sido admitida por sentencia ejecutoria, el apoyo, sin embargo, no puede efectuarse bajo el imperio del Código cuando dicho apoyo no sea un hecho consumado al promulgarse el Código, porque la prohibición de la ley está fundada en razones de orden público, y por que como las disposiciones legales anteriores que permitían tal apoyo, no pueden alegarse como argumento en pro de un derecho adquirido, semejante derecho no puede estimarse conferido por la cosa juzgada, la cual, no habiendo hecho otra cosa que confirmar lo que la ley concedía, no puede haber concedido derechos mayores que los concedidos por la ley.

396 *bis*. Para obtener la medianería de la pared ajena, ¿es preciso pedirla?

Conviene distinguir la hipótesis prevista por el artículo 556, que es aquella en que se quiere obtener la medianería en pared ajena situada en la línea divisoria límite, de la considerada en el art. 571, la cual se presenta cuando la pared ajena no se encuentra en el límite sino á menos de metro y medio de distancia.

En la primera hipótesis, la ley dice que el propietario del predio contiguo tiene la facultad de hacerlo común, mientras que en la otra dispone que el vecino puede pedir la comunidad de la pared.

La diversidad de expresiones implica también di-

versidad de disposiciones. Y no dejan de tener razón las dos disposiciones distintas. Porque cuando la pared está contigua al predio ajeno, el propietario de ella no puede oponerse á que el vecino obtenga la comunidad, toda vez que la ley misma es la que la expropia de parte de su dominio para transferirlo al propietario vecino; ahora bien, ¿á qué fin pedir lo que no puede ser negado? Por el contrario, cuando la pared ajena se encuentra á menos de metro y medio de distancia del limite, el propietario de ella puede impedir la comunidad si prefiere extender su edificio hasta el limite; pudiendo pues, impedirse la comunidad, es natural que quien quiera obtenerla deba pedirla, á fin de colocar así al propietario de la pared en la alternativa de ceder la comunidad de ella ó ampliar su edificio hasta el limite.

La petición no es, pues, necesaria para obtener la comunidad de una pared contigua; basta que quien quiera conseguirla revele la voluntad para que *ope legis* pase á él la propiedad. Debe advertirse, sin embargo, que si no es necesaria la demanda con objeto de adquirir la copropiedad, se debe obtener el consentimiento del vecino, y en su defecto, se debe recurrir á la autoridad judicial si la comunidad se adquiere con el objeto de edificar contra la pared; porque si la pared se ha hecho medianera, porque el vecino ha querido convertirla en tal, es aplicable el art. 557 que exige el consentimiento del vecino para apoyar nuevas obras en la pared medianera.

397. No siendo preciso el asentimiento del propietario para obtener la medianería en pared contigua, la copropiedad se transfiere y adquiere, apenas se ha manifestado la intención de adquirirla; así, si el vecino ha propuesto demanda para que se formule dictamen

pericial sobre la pared con el objeto de hacerla común, el propietario de ella no puede paralizar semejante demanda, demoliéndola; y si lo hiciere, como ha lesionado el derecho ajeno, puede verse obligado á reconstruirla á sus expensas (1).

El que consigue la medianería debe aceptar la pared en las condiciones en que se encuentra en el momento en que quiere conseguirla. Así, pues, si el propietario de la pared hubiese hecho obras para chimeneas ó con otro objeto análogo ó hubiese apoyado un artefacto cualquiera, no puede el nuevo copropietario pedir la destrucción de las indicadas obras; sólo puede exigir que las vigas introducidas más allá de la mitad del grueso de la pared sean recortadas hasta dicha mitad, cuando se proponga apoyar una viga en el mismo sitio, porque el recorte de las vigas si por un lado no perjudica á uno de los copropietarios, puede ser necesario y útil al otro.

Del principio según el cual quien adquiere la comunidad debe aceptar la pared en el estado en que se encuentra, se deriva la consecuencia de que quien ha sufrido la expropiación de la misma, no está obligado á prestar garantía alguna por los vicios ocultos, porque no pueden aplicarse á una expropiación forzosa todos los principios que regulan los contratos libres. Por otra parte, una pared contigua al predio ajeno está, en razón de su misma posición natural, expuesta á convertirse en medianera; por lo tanto, la medianería no puede menos de referirse á la pared tal cual es y con los defectos que tenga, de los cuales el que adquiera la medianería no puede hacer cargo alguno al que haya sido propietario exclusivo hasta entonces.

---

(1) *Apel. Brescia, 23 Marzo 1883.*

En virtud de lo expuesto consideramos que no puede haber lugar á pedir la restitución de todo ó parte del predio pagado por la medianería, si la pared se arruina á causa de defectos inherentes á su construcción ó por otras causas preexistentes, toda vez que por las razones expuestas la ruina ó deterioro de la pared debe correr á cargo de ambos copropietarios. Convertida en medianera la pared, expuesta á serlo á causa de su posición, puede considerarse, por lo que se refiere á su destrucción, como construida por ambos propietarios, por lo que el daño no puede menos de ser común.

Sin embargo, si quien ha experimentado la expropiación de la pared conocía los vicios ocultos y los ha disimulado dolosamente para mejorar la propia condición, podrá ser perseguido por la acción del dolo, porque la ley no autoriza á nadie á beneficiarse con el propio fraude.

398. La comunidad de la pared no está tampoco supeditada al previo pago de la suma debida por el adquirente, según el art. 556; en su virtud, el propietario de la misma, no puede negarse á la comunidad alegando el motivo de que no se le ha pagado la indemnización debida (1).

La acción para el pago es eminentemente personal, y no puede, por tanto, ejercitarse contra el sucesor del adquirente á título particular. Cierto es que reduciéndose la comunidad pedida á un contrato de compra y venta, el que enajena puede pedir la rescisión del mismo, si el adquirente no paga el precio en virtud del principio según el cual la condición resolutoria derivada de incumplimiento de las obligaciones asu-

---

(1) Trib. Apel. Florencia, 3 Marzo 1876.

midas, se sobreentiende siempre en los contratos bilaterales; pero si la pared medianera ha pasado á manos de un tercero, la condición resolutoria, según lo dispuesto en el art. 1.511 del Código, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros sobre el inmueble, antes de la transcripción de la demanda de resolución, por lo que quien ha debido conceder la comunidad, no puede obrar por el pago del precio contra el tercero que se hubiera hecho adquirente de la pared antes del trámite indicado (1).

399. Una condición impuesta por el art. 556 á la adquisición de la comunidad, es la de que ésta se efectúe por toda la extensión de la propiedad de quien la pida. Parece, pues, que aquélla no puede tener lugar sino con relación á toda la pared; sin embargo, el mismo artículo supone el caso en que la comunidad se adquiriera en parte, porque somete al adquirente al pago de la mitad del valor relativo á la parte de pared hecha común; ¿cómo armonizar, pues, estas dos disposiciones que aparecen como contradictorias?

Extensión es una palabra que se refiere á la línea que constituye lo largo ó lo ancho de la superficie, y no á la línea que partiendo del suelo se eleva hacia lo alto; la primera puede medirse; no así la segunda, que no se sabe en qué punto termina, toda vez que el propietario del suelo es propietario también del espacio que está encima.

Ahora bien; cuando la ley dice que quien pide la comunidad debe hacer común la pared por toda la extensión de su propiedad, se refiere á la línea de superficie, no á la de la altura; así, si un predio tiene diez metros de largo y la pared contigua tiene cinco

---

(1) Trib. Apel. Lucca, 3 Abril 1883.

de alto, debo hacer común la pared en la extensión de los diez metros á lo largo, pero en la altura puedo tomar un metro, dos ó más; y en este caso debe de pagar tan sólo la mitad del valor de la pared hecha común, no de la parte más alta á que la comunidad no se extiende.

Puede oponerse contra esta teoría que el art. 556 sólo admite que la comunidad del muro pueda adquirirse en parte en cuanto supone que con él confinen varios propietarios, en cuyo caso cada uno de estos adquiere sólo la parte que con él linda; así, de que el legislador haya hablado de adquisición de la comunidad, en parte, no puede deducirse que la adquisición pueda hacerse por una determinada altura y no por la totalidad del muro que linda con la propiedad del que pide la comunidad. Creemos que el legislador ha querido hablar en este sentido de adquisición de la comunidad de parte de la pared. En efecto; cuando la pared de un sólo propietario mira á los predios de los demás vecinos con respecto de cada uno de ellos, hay tantos muros cuantas son las partes del mismo que lindan con las respectivas propiedades; en su virtud, no se necesitaba de una expresa disposición legal para decir que cada uno de los vecinos pueda adquirir la comunidad de aquella parte de la pared contigua á su propiedad y no de la parte contigua á la propiedad de otro. Por otra parte, es condición *sine qua non* para la adquisición de la medianería, según el art. 556, que la pared esté contigua al predio de quien quiera conseguirla; ahora bien, si esta continuidad se verifica, v. gr., en diez metros, y la pared tiene veinte de largo, es natural que la medianería se limite á la parte de la pared que está contigua sin que el legislador necesite declararlo expresamente. Si no se quiere, pues,

estimar que en el texto legal hay expresiones inútiles, es preciso interpretar la expresión de convertir en medianera la pared en todo ó en parte en el sentido de que debe hacerse de la extensión que linda con la propiedad del vecino pudiendo referirse sólo á una parte de su altura.

Supongamos que la pared ajena confina por varios lados con un mismo propietario, v. gr., por el Sur y por el Este, de modo que las dos paredes formen un ángulo: en este caso, ¿deberá el vecino adquirir la medianería en ambas paredes ó podrá limitarse á obtener la de una sola? La ley habla de la adquisición respecto de una sola pared, no de varias; así, pues, si cuando se quiere adquirir la medianería en un muro, obliga á adquirirla por toda la extensión de la propiedad vecina, no obliga á adquirirla de todas las paredes que por diversos lados lindan con la propiedad vecina (1).

400. Puede, por fin, cada copropietario, servirse de la pared medianera para depositar al lado de ella leña, tierra y otros materiales, con la obligación, sin embargo, según dispone el art. 558, de tomar las precauciones necesarias á fin de que tales depósitos no dañen con la humedad ó con su mucha elevación ó de cualquier otro modo. El ejercicio de tal facultad no está subordinado al consentimiento del vecino, ni es necesario siquiera avisarle previamente, porque la ley no lo exige. Sin embargo, siempre que quien deposita las materias indicadas contra la pared medianera, no toma las precauciones debidas que la ley le impone, el otro copropietario que puede, con razón, tener temor de que las materias acumuladas puedan ocasionar al-

---

(1) V. en esto Apel. Turfín, 28 Mayo 1883.

gún daño en la pared medianera, tiene derecho á demandarlo en juicio, para que se ordene la remoción de las materias adosadas á la pared, si no se observan las precauciones necesarias, para alejar todo peligro y para que sea aquél condenado al resarcimiento de los daños ocasionados.

La prueba de que las precauciones necesarias han sido tomadas, corresponde á aquel que ha hecho el depósito de las materias, porque quien tiene una obligación está obligado á demostrar que la ha cumplido; no corresponde, pues, al otro copropietario probar que las precauciones no han sido tomadas (1).

401. Hasta ahora hemos hablado de las paredes medianeras consideradas tales, ya porque han sido construidas á gastos comunes, ya porque se presume que la construcción se ha efectuado en interés de ambos vecinos, ya, en fin, porque se ha pedido la medianería de una pared perteneciente exclusivamente á otro. Quédanos por tratar de las paredes obligatoriamente medianeras, esto es, de aquellas respecto de las cuales cada vecino puede obligar al otro á concurrir á los gastos de construcción y á suministrar parte del suelo sobre el cual se erige la pared misma. Cada cual, dice á este propósito el art. 559, puede obligar al vecino á contribuir á los gastos de construcción ó de reparación de las paredes que separan las respectivas casas, los patios y los jardines situados en la ciudad ó en los arrabales.

Esta disposición está dictada por la ley para proteger la seguridad de las cosas y de las personas, impidiendo que en los centros populosos puedan las personas de mal vivir aprovecharse de la falta de las pa-

---

(1) Cas. Florencia, 23 Nov. 1880.

redes indicadas, y atentar á las personas y á las cosas ajenas, por lo que dicha disposición es, dígase lo que se quiera en contrario, de interés público.

Cierto es que la ley no obliga á ambos vecinos á construir las paredes de que se trata contra su voluntad, sino que concede la facultad á uno de ellos para obligar al otro á concurrir á los gastos de construcción y de reparación, facultad de la cual puede no hacer uso ninguno de los vecinos, y es también cierto que la ley concede, en el art. 561, facultad para sustraerse á la obligación de concurrir á los indicados gastos, cediendo la mitad del terreno para levantar la pared y renunciando á la medianería; pero esto no impide considerar la disposición legislativa que examinamos como dictada en enterés público.

¿Es que acaso no puede concebirse la existencia de una facultad concedida en interés público sin que la misma se traduzca en un deber? La emancipación, por ejemplo, el nombramiento del tutor hecho por el padre, la adopción, etc., han sido introducidas por el legislador como de interés público, y sin embargo, confieren un derecho cuyo ejercicio es facultativo, y no obligatorio.

En cuanto á la facultad concedida al vecino á quien se pide que concorra á la construcción ó reparación de una pared divisoria, de librarse de semejante obligación, es preciso no confundir la convención relativa á los gastos de la construcción de la pared, con la que tiene por objeto la renuncia al derecho concedido á cada propietario para cercar los predios indicados en el art. 559. La primer convención es siempre válida, como autorizada por la disposición contenida en el artículo 561; la segunda no puede tener efecto alguno, porque no se puede renunciar á un derecho que la ley

concede en interés público, aun cuando temporalmente puede no hacerse uso de él.

402. La disposición que comentamos es evidentemente excepcional, porque contra los principios generales concede el derecho de obligar á otros á hacer una obra en su propiedad y á concurrir á los gastos de la misma; en su virtud, debe ser interpretada siempre en sentido restrictivo. Procuraremos, con la ayuda de este principio, examinar cuál es el alcance y la extensión del art. 559.

Se habla en el sólo de las casas, patios y jardines existentes en las ciudades y arrabales; ahora bien, es preciso saber qué se entiende por ciudades y arrabales y si la designación de las casas, patios y jardines es taxativa ó indicativa.

A la primer cuestión respondemos que corresponde al poder público dar al conjunto de casas de habitación el nombre de ciudad; por donde la disposición legal, dado su carácter excepcional, no puede aplicarse sino á los lugares que tienen el nombre de ciudad, y jamás podrá ampliarse por razón de analogía á otros grupos de población ó á los países que tienen una población diseminada, porque el principio *ubi eadem ratio*, etc., no es aplicable cuando se trata de interpretar disposiciones excepcionales. Por arrabal puede y se debe entender la población vecina á las ciudades, que se considera como continuación ó ampliación de las mismas.

Con relación á la segunda cuestión, observaremos que si el legislador hubiera querido extender su disposición á todo predio sito en la ciudad ó en los arrabales, no hubiera hablado de casas, patios y jardines; le bastaba indicar la sola condición de que el predio se encontrase en la ciudad ó en los arrabales para apli-

carles indistintamente el art. 559; la designación, pues, de algunos predios dados hecha en dicho artículo, no tiene el carácter de indicativa, sino que está para señalar los predios á que en efecto se aplica la disposición legal, y es, por está razón, taxativa.

Conviene ahora formarse una idea exacta de lo que es una pared que cerca una casa. Si suponemos ésta construida en el límite del suelo propio, es imposible hablar de semejante pared, porque la pared misma de la casa situada en el límite desempeña el oficio de cerca. Es preciso, pues, que entre la casa y la propiedad ajena exista un espacio para que la pared de cierre pueda construirse. Ahora bien; este espacio, sea cual fuere el uso á que esté destinado, se considera como una dependencia de la casa, y en consideración á esto es por lo que puede pedirse la construcción y la conservación de la pared divisoria. Por tanto, cuando el predio sito dentro de una ciudad ó de un arrabal no sea vna dependencia de un edificio ni constituya jardín ó patio, no puede aplicársele lo dispuesto en el artículo 559.

Sin embargo, no es necesario que la pared de que se trata separe una casa de otra casa, un jardín de otro jardín, ó un patio y otro patio, sino que puede separar predios de naturaleza distinta pertenecientes á alguna de las indicadas categorías.

403. En cuanto á la altura de estas paredes que se quieren construir, está determinado por los reglamentos especiales, y á falta de éstos ó de contrato, por el art. 559, que la fija en tres metros.

Si existen reglamentos especiales, ¿puede el contrato derogarlos?

Desde el momento en que el contrato puede modificar la altura establecida por el Código, no hay razón

para que no pueda modificar los reglamentos, á lo menos en lo que se refiere á las relaciones privadas entre los dos propietarios contiguos.

No rechazamos, sin embargo, que la autoridad pública, donde tales reglamentos están en vigor, pueda exigir que la pared de que se trata tenga la altura que en los mismos se establezca, si razones de seguridad ó de orden público así lo exigen.

La ley no habla del espesor de tales paredes, remitiéndose, por tanto, al prudente arbitrio del juez, el cual, en caso de controversia, fijará aquel espesor que según las circunstancias es necesario para que la pared llene su objeto.

Debe advertirse que al hablar la ley de paredes de cierre se refiere á muros hechos con materiales y cemento, no á una cerca cualquiera que puede construirse con tierras, maderas ú otra materia análoga.

La ley supone el caso en que la pared de que tratamos sirva al propio tiempo de sostén al predio más alto, y dispone entonces que el propietario del predio más alto deba construir y conservar la pared desde el suelo sobre el cual se levanta, hasta el nivel de su terreno, y que la parte que se eleva por encima de éste y por la altura legal, ó por la determinada en los contratos ó reglamentos, debe construirse y conservarse por ambas partes (art. 560).

Debiendo, pues, el propietario del predio más alto construir á su costa la parte más baja de la pared que sirve de sostén, también debe construir á sus espensas los cimientos abriéndolos en el suelo propio, porque no puede ocupar la propiedad ajena para sostener la propia; así, en el caso que examinamos, el propietario del predio más bajo no tiene la obligación de dar la mitad del suelo sobre el cual la pared se construye.

404. Según hemos indicado ya, quien se ve obligado por el vecino á concurrir á los gastos de conservación ó de construcción de la pared de cierre, puede librarse de esta obligación cediendo la mitad del suelo sobre el cual la pared se debe construir, y renunciando á la medianería (art. 561).

Sin embargo, en el caso de renuncia queda siempre á salvo el derecho de pedir la medianería en la pared indicada que sea contigua, según el art. 556.

Si la pared está ya construida cuando se renuncia á la medianería, se cede con ésta al vecino la parte del suelo propio sobre el cual la pared está construida; porque si esta parte de suelo se debe ceder cuando la pared va á construirse, no hay razón alguna para retenerla cuando ya está construida.

La cesión de la parte del suelo sobre la cual la pared se debe construir, supone que quien pida la liberación puede ser obligado á suministrar el suelo para hacer la pared de cierre; pues si tal obligación no existe, tampoco puede haber la de ceder el terreno. Hemos dicho que el propietario del predio superior debe construir el muro de sostén en la parte más baja; si el propietario del predio inferior quiere eximirse de la obligación de concurrir á la construcción del mismo, no está obligado á ceder porción alguna, sino que es suficiente que renuncie á la medianería.

---

## CAPITULO VIII

### DE LOS EDIFICIOS, ZANJAS Y SETOS COMUNES

SUMARIO: 405. Pisos de una casa perteneciente á diversos propietarios. En este caso ha v propiedad exclusiva y copropiedad, no servidumbre recíproca.—406. Reparaciones y construcciones de tejados y paredes maestras. De qué manera puede concurrir cada propietario á los gastos necesarios. Puertas de entrada, pozos letrinas, etc. A cargo de quién corren los gastos. Qué gastos debe soportar el propietario de cada piso.—407. Escaleras. De qué manera se distribuyen entre los propietarios los gastos de las mismas. Si el propietario del piso inferior debe concurrir á los gastos de las escaleras que conducen á los pisos superiores.—408. Los terrados. A cargo de quién corren. Qué se entiende por terrados. Si el propietario del último piso puede convertir el techo en terrado ó azotea.—408 bis. Si éste puede levantar su piso ó edificar otros nuevos. Daños en las otras propiedades. Demolición. En qué debe consistir el daño. Obras que cada propietario puede hacer en la pared que le pertenece.—409. Si el propietario de un piso puede renunciar á la comunidad de los techos y de las paredes maestras para eximirse de concurrir á los gastos. Si puede abandonar la propiedad de su piso con el mismo fin. Si con el mismo objeto puede renunciar á la comunidad de las letrinas y de los pozos.—410. Si el propietario de un piso puede ser obligado en el caso de que el edificio se arruine á concurrir á los gastos de construcción.—411. Zanjas comunes. Signos de que lo son. Si son taxativos. Si se admite la prescripción para combatir la presunción de comunidad.—412. Signos indicados por la ley como demostrativos de la exclusiva propiedad de la zanja. Materias de limpieza. Acumulación de las mismas en un predio. Zanja

destinado á recibir las aguas de un solo predio.—413. Si es aplicable á la comunidad de las zanjás el principio de la indivisión forzosa.—414 Setos ó vallados. Cuándo se presumen comunes. Cómo puede combatirse esta presunción.—415. Coexistencia del seto y de la zanja. Con qué criterio debe procederse en este caso para señalar la línea de separación entre los dos predios. Árboles existentes en la línea de separación. A quién pertenecen. Cuándo pueden ser arrancados.

405. La ley determina en los artículos 562, 563 y 564 las obligaciones que gravan respectivamente á los propietarios de los diversos pisos de una misma casa: ahora bien; estas obligaciones, ¿se derivan del derecho de copropiedad ó del de servidumbre?

El hecho de que el legislador se ocupa con tal materia en el título referente á las servidumbres, puede hacer suponer que estas obligaciones no son sino otras tantas servidumbres recíprocas, que el propietario de cada piso tiene y exige respecto del otro. Sin embargo, más que al lugar en que una materia se trata, ya que esto depende muchas veces de razones de analogía antes que de razones de identidad, es preciso atender á los caracteres esenciales que la constituyen, ó lo que es lo mismo, á su naturaleza.

En el caso en que los pisos de una casa pertenezcan á varios individuos, hay propiedad individual y copropiedad, porque en una casa hay cosas que pueden referirse exclusivamente á un propietario de un piso mientras otras sirven á toda la casa. Es imposible que estas últimas puedan pertenecer exclusivamente al propietario de un piso dado. Tomemos como ejemplo el techo y los cimientos. El tejado cubre inmediatamente el último piso, pero pertenece también á los demás pisos, porque si el último piso estuviera descubierto, los otros no podrían servir al uso á que están destinados.

Del propio modo, los cimientos son los que sostienen

inmediatamente las paredes maestras del primer piso; pero también sostienen las de los pisos superiores, de suerte que si aquéllos fuesen destruidos, no sólo se vendría al suelo el primer piso, sino también todos los demás.

Ahora bien; estas y otras partes de la casa no pueden pertenecer exclusivamente al propietario de un piso dado, por la razón sencillísima de que concurren por modo necesario á completar las propiedades relativas á los otros pisos. Si una cosa, pues, forma parte de tu propiedad y de la mía, no puede pertenecerme exclusivamente ni á mi ni á ti, sino que debe ser común. Por tanto, si la ley impone á todos los propietarios de la casa la obligación de concurrir á los gastos de reparación y construcción de los tejados, paredes maestras, etc., no puede suponerse que esto ocurra por derecho de servidumbre recíproca entre los diversos copropietarios, toda vez que la servidumbre no puede consistir jamás en hacer alguna cosa en beneficio de otros, sino en virtud del derecho de copropiedad, el cual exige que cada copropietario concorra á los gastos necesarios de la cosa común.

406. Conformandose con semejantes principios, el legislador dispone que se debe atender ante todo á los títulos de propiedad, para determinar las obligaciones de cada propietario en lo que se refiere á la manera de concurrir á los gastos de reparaciones y de construcciones, si los títulos lo determinan. En defecto de toda convención, he aquí cómo la ley regula semejantes obligaciones. En primer lugar, las paredes maestras y los tejados corren á cargo de todos los propietarios en proporción al valor del piso que á cada uno pertenece (art. 562).

Desdeluego se ocurre una pregunta, cuya respuesta

no se encuentra en la ley: ¿con qué criterio deberá procederse á la valoración de cada piso? ¿Deberá atenderse al valor del piso aisladamente considerado ó también á sus accesorios? Supongamos que un propietario tiene su departamento con modestia y sin lujo, y que el otro lo tiene adornado con pinturas preciosas, dorados, estucos, etc.; ¿será preciso tener en cuenta también semejantes accesorios para establecer el valor del piso para determinar luego la cuota de lo que á cada propietario corresponda en el gasto de reparación ó de construcción que sea preciso hacer?

Opinamos que sí.

En efecto; la cuota de concurso en los gastos de reparación y de construcción, está determinada por el interés ó por la utilidad que cada propietario obtiene de la misma. Ahora bien; la conservación de los techos y de las paredes maestras no sólo conserva el piso en su desnudez, sino también conserva sus accesorios, pues de caer en ruina afectaría ésta también á las pinturas, decorados, estucos, etc.; y siendo esto así, ¿cómo prescindir, al calcular el valor de cada piso, de los accesorios indicados? A cargo común de todos los propietarios y en la proporción indicada corren también los gastos de reparación y de construcción de los pasadizos, puertas de entrada, pozos, cisternas, acueductos y demás cosas comunes á los mismos.

En cuanto á las letrinas, los gastos se distribuyen entre los diversos propietarios, en proporción al número de las aberturas que cada cual haya hecho. Si uno de los propietarios, pues, no tiene ninguna de las aberturas indicadas, no está obligado á concurrir con gasto alguno por el concepto indicado.

Corren á cargo de cada propietario de un piso ó

porción del mismo, los pavimentos, las bóvedas, artonados y techos que cubren las piezas que le pertenecen. En el suelo ó pavimento se comprenden no sólo los ladrillos ú otros materiales sobre que el pie se apoya, sino también las vigas y demás sobre que aquéllos descansan, así como las bóvedas, de materiales que sostengan el pavimento.

Puede ocurrir que el pavimento de un piso sirva á la vez de bóveda ó techo al propietario de un piso inferior; pero esto no impide que los gastos de conservación y de reconstrucción corran todos á cargo del propietario del piso superior, porque su principal oficio es el de servir como suelo, y sin él, el piso superior no sería habitable. Las bóvedas, pues, á cargo de un propietario del piso inferior son aquellas, de cualquier material que sean, que quedan por debajo del pavimento del piso superior y que únicamente sirven para cubrir el espacio del primero.

407. Con respecto á las escaleras, el mismo artículo 562 dispone que deben ser construidas y conservadas por los propietarios de los diversos pisos á que sirven, en razón del valor de cada piso.

Esta disposición puede tomarse en doble sentido: en el de que todos los propietarios deben concurrir indistintamente á los gastos necesarios de la escalera, sea cual fuere el piso á que conduzca, ó en el de que están obligados á concurrir á los gastos indicados, únicamente los propietarios que de la escalera usen. Por ejemplo: el propietario del piso inferior no usa las escaleras que conducen á los pisos superiores, mientras los propietarios de los pisos superiores se aprovechan todos de las escaleras que conducen al piso primero. Así, el propietario del piso segundo se aprovecha de las escaleras que conducen y su piso y al inferior, pero

no de las que del segundo conducen al tercero, y así sucesivamente.

Ahora bien; ¿cuál de estos dos significados debe atribuirse á la ley?

Preferimos el último por las razones siguientes:

En primer lugar, si, según la intención del legislador, todos los propietarios debieran concurrir indistintamente á los gastos de reparación y de reconstrucción de las escaleras, no había para qué añadir en el art. 562 las palabras diversos pisos *á que sirven*. Si realmente nada hay en la ley que deba ser inútil ú ocioso, es preciso considerar que todos los propietarios concurren á los gastos relativos á las escaleras que usan y no á los de aquellas que no usan.

Aparte estas reflexiones, es obvio considerar que, en la duda, la cuestión debe resolverse aplicando los principios generales del derecho. Ahora bien; según estos principios, es cierto que las escaleras inferiores pertenecen en común á todos los propietarios de los diversos pisos, no sólo porque todos usan de ellas, sino también porque completan la propiedad de cada uno, pues si no existieran sería imposible llegar á los pisos superiores y habitarlos. Por el contrario, las escaleras que conducen á los pisos superiores, no pertenecen en manera alguna á los propietarios de los pisos inferiores, ya porque no las usan, ya porque su propiedad es independiente de ellas, no siéndoles necesarias para completarla. Dado esto, es sin duda cierto el principio según el cual, cada propietario concurre á los gastos necesarios para sostenimiento de la cosa común, y que quien no es propietario en manera alguna de la cosa, no puede ser gravado con los gastos relativos á la misma.

Por último, el legislador patrio ha querido, con su

nueva disposición del art. 562, reparar el error en que había incurrido el Código Napoleón y los posteriores en él inspirados. Según el art. 654 del Código francés, el propietario del primer piso construye la escalera que á él conduce; el del segundo continúa la escalera desde el primero al segundo piso, y así sucesivamente; por donde, cada propietario debe hacer y conservar los tramos de escalera que conducen á su piso propio. Esta disposición se ha considerado injusta, porque con ella se pone exclusivamente á cargo del propietario del piso inferior, la construcción y conservación de una escalera de la cual usan también los propietarios de los demás pisos, injusticia que el legislador ha reparado, poniendo la escalera á cargo de todos los que la usan.

Ahora bien; si el propietario del piso inferior estuviere obligado, por lo dispuesto en el art. 562 de nuestro Código, á concurrir á los gastos de las escaleras que conducen á los pisos superiores, se restablecería indirectamente la disposición del Código Napoleón que se ha querido abolir.

Supongamos, en efecto, una casa compuesta de dos pisos. Según el Código francés, los dos propietarios soportan los gastos relativos á la escalera por mitad, porque el propietario del primer piso hace y conserva las escaleras por las cuales se sube desde el piso terreno, y el del segundo hace y conserva las escaleras que desde el primero conducen á él. Si el art. 562 debiera interpretarse en el sentido de que el propietario del piso inferior deba concurrir á sostener los gastos relativos á las escaleras que conducen á los pisos superiores, la consecuencia de esta interpretación sería que cada uno de los dos propietarios soportaría por mitad los gastos relativos á la escalera, y de esta

suerte el legislador patrio quitaría con una mano lo que con la otra había dado.

408. Dispone el art. 563 que si en lugar de los tejados existen terrados ó azoteas, se apliquen á estas últimas las disposiciones relativas á los primeros. Sin embargo, si el uso de esos terrados no fuese común entre los propietarios de los diversos pisos, sino exclusivo de uno ó varios de los mismos, en ese caso están los que los usan, obligados á contribuir con una cuarta parte de los gastos de reparación y construcción, quedando las otras tres cuartas partes á cargo de ellos y de todos los demás propietarios de los diversos pisos, en la proporción establecida con relación á los techos, salvo lo que se dispusiere en convenios especiales.

¿Qué se entiende por terrado ó azotea? Los terrados se componen, de ordinario, de un entablonado cubierto por la superficie exterior de asfalto, ó construido con baldosilla de piedra. Ahora bien; se sostiene que la reparación del entablonado corre á cargo exclusivamente del propietario del último piso, en cuanto aquél constituye la cubrición del piso superior, que por la ley corre á su cargo, mientras que la plataforma de asfalto corre á cargo de todos los propietarios, porque es lo que constituye exclusivamente la terraza (1).

No podemos aceptar como buena esta doctrina, porque el entablonado y la cubierta exterior constituyen un todo indivisible. ¿Cómo, en efecto, puede sostenerse el asfalto sin la cubrición de madera? La cubierta del edificio en este caso no está constituida tan

---

(1) V. en este sentido Sent. Cas. Nápoles, 12 Dic. 1878. (*Annali* XIII, I, 149); y Sentencia Trib. Apel, Nápoles, 24 Enero 1880 (*Id.* XIV, II, 171).

sólo por el cinc ó lo que fuere, sino también por la madera que lo sostiene. Igualmente el tejado no está formado tan sólo por las tejas que cubren la superficie exterior, sino también por las vigas y pontones que le sostienen; ahora bien, si el último piso no tuviere encima más que el tejado, ¿quién se atrevería á sostener que el apoyo de éste correría á cargo exclusivamente del propietario del último piso, mientras los otros propietarios concurrirían tan sólo á la conservación de las tejas?

El propietario del último piso, ¿puede cambiar el tejado por un terrado y servirse de él? Parece que puede, teniendo en cuenta que de esto no se origina daño alguno para los propietarios de los pisos inferiores; sin embargo, es preferible la opinión contraria, porque el tejado es común entre todos los propietarios de los diversos pisos de la casa, y un copropietario no puede hacer innovaciones en la cosa común sin el consentimiento de los otros copropietarios, máxime cuando las innovaciones tienen por resultado aumentar el uso de la cosa común, por el copropietario que las hace.

Y no vale observar en contra de esto que el artículo 564 concede la facultad al propietario del último piso de levantar las barandillas de las azoteas sin el consentimiento de los otros propietarios, porque de esta facultad no puede inferirse la de convertir el tejado en terrado, y porque la facultad de elevar las barandillas presupone la existencia de los terrados, ó cuando menos el derecho adquirido de construirlos en lugar de los tejados.

408 *bis*. El art. 564 concede la facultad al propietario del último piso para levantarlo y construir encima otros pisos, siempre que no se origine algún daño

en el valor de los demás pisos. Si se originase algún daño, el propietario del último piso no puede proceder á las obras indicadas, sin el consentimiento de los demás propietarios. Si el propietario del último piso hubiere levantado sin el consentimiento de los otros propietarios, y resultasen con ello perjudicados los pisos inferiores, los propietarios de éstos pueden obligar al constructor á demoler á su costa lo levantado y á hacer, también á su costa, las reparaciones necesarias á causa del hecho de la demolición (1), en atención á que la falta de consentimiento de los demás propietarios, hace que el que ha construido no tenga derecho ni á ejecutar ni á conservar obras, que perjudiquen la propiedad ajena.

¿Es que debe consistir el daño que la obra indicada produzca á los otros propietarios, para que éstos tengan el derecho de impedirlo? Hay un daño que es consecuencia necesaria é inevitable de levantar otro piso, el que proviene del mayor peso que carga sobre las paredes ya existentes, y en cuanto aumentando el número de los habitantes de la casa, aumenta el uso de lo que en ella es común; cosas estas todas que no pueden menos de ocasionar una disminución en el valor de los demás pisos. Sin embargo, el legislador no ha podido querer aludir á esta clase de daño, porque es una consecuencia de la facultad que concede; realmente, tanto valdría negar la facultad por completo, el subordinar su ejercicio á la condición de que de él no se derive el daño á que nos referimos. Si, pues, no se quiere sostener como completamente ilusoria la facultad concedida, es necesario admitir que el legislador

---

(1) Ver á este propósito Sent. Trib. Apel. Roma, 8 Julio 1872 (*Racc.* XXIV, 2.452); Trib. Apel. Nápoles, 20 Abril 1876. (*Id.* XXVIII, 2.701).

se refiere á otra especie de daño, al que puede derivarse de la nueva obra, por las especiales condiciones de ella ó del edificio sobre el cual se levanta (1).

Si, por ejemplo, las paredes inferiores no fuesen bastante sólidas para sostener el peso de un nuevo piso, ó bien éste se construyese de suerte que constituyera una amenaza permanente, en estos y otros casos semejantes es cuando se produce el daño que da derecho á los demás propietarios para impedir la obra nueva, ó para impedir que se conserve en el estado y condiciones en que se la ha levantado. La facultad de levantar corresponde al propietario del último piso, aun en el caso de que éste soporte una galería, porque ésta forma una misma cosa con el piso á que pertenece; y la nueva galería que se construya por encima del piso levantado ó el techo que se sobreponga, servirá de cubierta á todo el edificio (2).

Si es lícito al propietario del último piso levantar otros sobre éste, los propietarios de los demás pisos pueden, en virtud de los principios generales del derecho, en las paredes que á los mismos pertenezcan, practicar aberturas é innovaciones, siempre que de ellas no se derive algún daño para la solidez de las paredes mismas (3). Así, pues, el propietario del piso superior puede construir en su pared un balcón, siempre que la solidez no resulte comprometida, sin que el propietario del piso inferior pueda quejarse por la disminución del aire ó de la luz que experimente, toda vez que cada cual dispone como le place de su propiedad, y tratándose de propietarios de los diversos pisos

---

(1) Apel. Nápoles 31 Mayo 1882.

(2) Apel. Nápoles, 21 Dic. 1883.

(3) Sent. Cas. Roma, 30 Abril 1878. (*Racc.* XXXI, I, 63).

de una casa, esta facultad está limitada tan sólo por el daño que la solidez del edificio puede experimentar.

409. El propietario de un piso, ¿puede, para eximirse de la obligación de concurrir á la conservación de los techos, paredes maestras y demás, renunciar, fundándose en el art. 576, á la comunidad de los mismos?

Nos parece evidente que no; porque la renuncia á la comunidad no sería en este caso efectiva, toda vez que el renunciante continuaría gozando de la cosa común, después de reparada por los otros. No teniendo, pues, esta renuncia otro fin que el de librarse de las cargas inherentes á una cosa común, conservando las ventajas, creemos que no debe admitirse.

Pero ¿y si el propietario renunciase también al piso de la casa que le pertenece? En el derecho de propiedad se comprende también el de abandonar la cosa que constituye su objeto, y, por otra parte, el abandono está admitido con relación al predio sirviente para librarse del paso de la servidumbre (art. 643); así es que no se comprendería cómo no admitir el abandono indicado tratándose de una cosa que no sirve á nadie. En este caso, ó los demás propietarios tienen interés en conservar la casa y los mayores gastos con que resultan gravados se compensan con la adquisición de una nueva propiedad, sobre la cual tienen derecho en proporción al valor del piso que á cada uno corresponda, ó bien no tienen interés en conservarlo y pueden todos abandonarlo.

Si la renuncia á la comunidad puede hacerse eficazmente, como puede verificarse con relación á los pozos, á las letrinas, etc., opinamos que debe ser en este caso admitida, sin necesidad de que sea acompañada del abandono de la propiedad del piso poseído, porque

puede no hacer más uso en el porvenir del pozo ó de la letrina, y éstos pueden correr en adelante sin inconveniente alguno, á cargo de los demás propietarios.

410. Si la casa se destruye, ¿puede cada propietario obligar á los demás á reedificarla? El hecho de que se enumere entre las obligaciones de los diferentes propietarios la relativa á los gastos de reconstrucción, podría inducir á sostener la afirmativa. Nótese, sin embargo, que la obligación de las reconstrucciones impuesta á todos los propietarios, supone que éstas se efectúen en parte, porque si la casa está totalmente destruida, ó en estado tal que no pueda servir para los usos á que está destinada sin ser rehecha de nuevo, entonces no hay tal casa, y no puede haber obligación de concurrir á los gastos de reconstrucción de una casa que no existe.

Esta doctrina, por otro lado, es conforme á la justicia. Mientras la casa, en efecto, está en pie y pueda servir á su destino, cada copropietario de la cosa común puede exigir de los demás que concurren á conservarla; pero cuando el edificio deja de serlo, la cosa ha cambiado de naturaleza y de destino, y sólo queda el solar divisible entre todos los propietarios de los diversos pisos y sobre el cual no puede ser obligado ningún copropietario á edificar, antes bien, quien quisiera hacerlo no podría sin el asentimiento de los demás.

411. Las zanjas que existen entre dos predios, dice el art. 565, se presumen comunes, si no existe título ó signo en contrario, y son comunes los gastos de entretenimiento.

Para que la presunción de comunidad de la zanja se verifique es necesario que ésta esté en la línea divisoria; porque si más allá de la zanja existiese una faja de terreno, por estrecha que sea, correspondiente al pro-

pietario que está de la parte de acá, cesaría la presunción y la zanja pertenecería al propietario del terreno en que la misma se encuentra.

Según hemos notado al tratar de la comunidad de las paredes divisorias, la presunción de la comunidad de las zanjas colocadas en el límite, desaparece habiendo título ó signo en contrario. La ley indica algunos de estos signos, pero por las mismas razones aducidas al tratar de las paredes medianeras, consideramos que tales signos no son taxativos, y, por las mismas razones, consideramos también que no pueda aducirse la prescripción, para combatir la presunción legal de comunidad.

412. El legislador *per modum exempli*, indica dos signos que rechazan la comunidad de la zanja. Uno de ellos se tiene cuando la tierra y el cieno sacado de la zanja se encuentren amontonados en una sola parte, pues en ese caso la zanja se presume que pertenece al propietario de la parte en que se ha depositado la tierra ó el cieno (art. 566). El motivo sobre el cual se funda esta presunción es evidente. No hay duda de que las materias que se extraen de la zanja son cosa excelente para el terreno al cual sirven de abono; si, pues, uno de los propietarios ha limpiado la zanja y durante tres años ha tenido amontonado el cieno y demás sobre su predio, es imposible suponer que el otro propietario no se haya dado cuenta de este hecho, y no habiendo reclamado contra él es razonable pensar que no tiene sobre la zanja derecho alguno.

Siendo este el motivo sobre el cual se funda la presunción de propiedad exclusiva de la zanja, claramente se ve que el hecho esencial, base de tal presunción, estriba en el amontonamiento de las materias extraídas de la zanja y conservadas por tres años en uno

de los dos predios. Si, pues, uno de los propietarios hubiera limpiado la zanja durante un trienio, pero habiendo esparcido las materias extraídas sobre su predio, sin dejarlas amontonadas durante los tres años, cesa el motivo de la presunción, porque puede estimarse que el otro propietario no se ha dado cuenta de este hecho.

Para que exista acumulación de las materias extraídas de la zanja, no es necesario que ésta haya sido limpiada varias veces en el transcurso de los tres años, toda vez que la ley no lo exige; puede bastar que la limpia se haya efectuado una sola vez, siempre y cuando que las materias de ellas procedentes, hayan estado amontonadas durante tres años, en uno solo de los predios.

No creemos que deba establecerse diferencia alguna entre el amontonamiento de la tierra y el del cieno, porque estas palabras se emplean por el legislador para expresar un solo concepto, el de las materias extraídas del foso al limpiarlo. Sean estas, pues, tierra ú otras cosas, la consecuencia jurídica del hecho del amontonamiento será siempre la misma.

Si después que uno de los propietarios ha tenido por los tres años acumuladas las materias de que se trata, se hiciese otro tanto por el otro propietario, y, en efecto, se conservaran también en su predio por los tres años dichas materias, ¿puede este último pretender la propiedad exclusiva de la zanja?

Es preciso distinguir: ó las materias acumuladas por el primer propietario permanecen todavía en el mismo estado, y en ese caso tenemos dos signos de los cuales el uno excluye ó paraliza al otro, y entonces toma vigor la presunción de comunidad; ó bien el primer cúmulo de materias no existe ya y si el segundo

contando más de tres años, en cuyo caso la zanja se presume que pertenece al propietario que ha hecho este último.

El otro signo que rechaza la comunidad é indicado por la ley, lo hay cuando la zanja sirve para el desecamiento de las tierras de un solo propietario (artículo 567). En este caso puede suponerse razonablemente que la zanja existe en la propiedad de aquél cuyas aguas desaguan por la misma, no siendo presumible que un propietario haya abierto una zanja en su predio para dar salida á las aguas de terrenos ajenos.

413. ¿Es aplicable á la comunidad de las zanjas ó fosos el concepto de la indivisión forzosa?

La indivisión forzosa es una excepción al principio general, según el cual ningún propietario puede ser obligado á permanecer en la comunidad; así, pues, no se presume, es preciso que resulte ó expresamente de la ley, ó de la fuerza misma de las cosas que no consienten que pueda procederse de otro modo.

Con relación á ella la ley no contiene disposición alguna, y tampoco puede decirse que la indivisión resulte necesariamente de la naturaleza misma de la zanja. Tratándose de una pared ó de un tejado común se comprende que no puede hacerse la división sin destruir la cosa, pero cuando se trata de una zanja no puede decirse lo mismo, porque uno de los copropietarios puede rellenar su mitad quedando como zanja la otra mitad. Resultará, es verdad, la zanja en este caso disminuida; pero el más ó el menos, no cambian aquí la naturaleza de las cosas.

Conviene, sin embargo, atender á las consecuencias que pueden originarse del hecho de que uno de los propietarios haya rellenado la mitad de su zanja. En el supuesto de que á ésta fluían las aguas de los pre-

dios pertenecientes al propietario que se ha separado de la comunidad, no puede agravar la condición del predio vecino haciendo que corran sobre éste sus aguas, sino que debe dar á las mismas una dirección distinta, y cuando esto le sea imposible, debe dejar al pozo como está para no imponer un gravamen al otro propietario que pueda rechazarlo.

414. Los vallados ó setos existentes entre dos predios se reputan comunes y serán sostenidos á costa de los colindantes. Cesa la presunción si uno de los predios está cercado ó si tiene linderos ó hubiere prueba en contrario (art. 568).

Esta presunción se verifica tanto con relación al seto vivo como al muerto, porque la presunción se funda en que el seto sirve de división entre dos predios, lo que ocurre en ambos casos.

La presunción cesa cuando más allá del seto hubiere un lindero, porque en ese caso señala éste, cual es el límite y el seto no divide ya dos propiedades, toda vez que entre él y el otro predio hay una faja de tierra, que pertenece al propietario del seto.

Cesa también la presunción cuando uno de los predios estuviera cercado y el otro no; porque en ese caso, como el seto completa la cerca de un predio, puede suponerse que existe en el predio cercado plantado por el propietario del mismo. No importa el modo según el cual se hubiera hecho el cercado. Si por los otros lados existen paredes y por el que mira al predio vecino el seto, basta esto para rechazar la comunidad y considerarlo como perteneciente solo al propietario del terreno cercado.

La prueba contraria para rechazar la presunción de comunidad, puede deducirse de cualquier signo, puede hacerse con todo medio legal, aunque sea aducien-

do la prescripción, porque el art. 568, relativo á los medios para rechazar la presunción de comunidad, está concebido en términos más generales que los artículos 546 y 565.

415. Puede darse el caso de que las dos presunciones legales derivadas de la existencia del seto y de la zanja se encuentren en conflicto, por encontrarse precisamente entre los dos predios una zanja y un seto. Si puede determinarse de un modo cierto á cuál de los dos propietarios pertenece la zanja ó bien si es común, toda dificultad desaparece, porque suponiendo que la zanja sea común ó exclusivamente propia de aquel en cuyo predio está plantado el seto comprendido entre éste y la zanja, aquél pertenece exclusivamente al propietario del predio; si, por el contrario, la zanja pertenece al otro propietario, el seto debe considerarse común, precisamente por encontrarse en la línea límite de las dos propiedades.

Pero ¿qué decidir si hubiera duda respecto de á quién pertenece la zanja y á quién el seto? La línea divisoria, ¿deberá, en este caso, deducirse de la zanja ó del seto?

No hay razón alguna para preferir la presunción derivada de la zanja á la del seto, porque tal preferencia debería imponerla el legislador, y dado el silencio de éste, el intérprete no está autorizado para establecerla: en rigor, contrapuestas las presunciones, se destruyen, y es preciso buscar *aliunde* el criterio para decidir cuál es la línea divisoria. Ocurre en el supuesto de que tratamos, lo mismo que ocurre cuando existen dos signos que inducen cada cual á una presunción contraria, sobre la propiedad de la zanja. Suponiendo, en efecto, que un propietario tenga en su favor el signo de las materias extraídas de la zanja y amontonadas

durante tres años en su propiedad, y que el otro pueda alegar en pro de su pretendida propiedad exclusiva, que la zanja recibe sólo las aguas provenientes de sus predios, ¿cuál de estos dos signos prevalecerá en este caso? Ninguno de los dos, porque no hay razón para preferir el uno al otro: por lo que es preciso considerar la zanja como si no tuviera signo que indique pertenecen á uno y no al otro de los propietarios.

Lo mismo puede decirse en el caso de que el signo de la línea divisoria del seto, resulte contradicha por el que pueda inducirse de la zanja. Para determinar la línea límite entre las dos propiedades, no puede atenderse ni al uno ni á la otra, sino que es preciso recurrir á otros indicios deducidos de actos de posesión, de la situación de los lugares, del distinto destino de los dos predios, etc., etc., para poder establecer si la zanja y no el seto, ó si éste y no aquélla, marca la línea límite entre las dos propiedades.

416. Los árboles que existen en los setos comunes se reputan comunes, pertenecen en iguales proporciones á los dos propietarios, y cada uno de éstos puede pedir que se corten ó arranquen, dividiendo en iguales porciones las partes de ellas mientras estén en pie. También se reputan comunes, aunque no exista seto, los árboles que se encuentren en la línea divisoria de dos propiedades, si no hubiese título en contrario: lo cual prueba que también puede deducirse mediante actos de posesión, y establecer así la propiedad exclusiva de uno de los dos propietarios contiguos en virtud de prescripción. Si tales árboles están allí para marcar la línea divisoria, no pueden ser arrancados sino con el consentimiento de ambos propietarios, á causa de que cada uno de ellos tiene derecho á que sean sostenidas las zanjas que distinguen y separan

un predio de otro. Si uno de los propietarios no quisiese quitar los árboles, puede aquel otro á quien interesa arrancar los árboles que sirven de límite, recurrir á la autoridad judicial, la cual, si entiende que es necesaria ó conveniente la corta de aquéllos, podrá ordenarla (art. 569).

---

## CAPITULO IX

### DE LAS DISTANCIAS LEGALES

**SUMARIO:** 417. Pared edificada en la línea divisoria ó más atrás.

Cuándo puede el vecino pedir la comunidad.—418 Puede pedirse esta con relación á la pared existente en la línea divisoria con cualquier objeto. De la situada más atrás, pero no á la distancia legal, no puede pedirse la comunidad sino con el objeto de apoyar en ella un edificio.—419. A qué distancia se debe edificar si no se adquiere la comunidad de la pared vecina. Debe observarse la misma distancia, aunque la pared, cuya medianería no se ha pedido, se encuentre en la línea divisoria. Si debe observarse la distancia cuando se trate de pared que forme ángulo con la existente.—419 bis. Si la distancia de tres metros se debe observar cuando se construye pared de cierre.—419 ter. Si debe observarse la distancia cuando se construye frente á una pared de cierre.—420. Facultad correspondiente al propietario del edificio de ampliarlo hasta la línea divisoria. Cómo se debe medir la distancia entre el edificio existente y el que se construye.—421. Qué se entiende por edificación nueva. Si al levantar un edificio que no se encuentra á distancia legal, es necesario demolerlo para llevarlo hasta la distancia legal.—422 La obligación de la distancia no se refiere á las edificaciones subterráneas.—423. Las distancias no se observan cuando entre edificio y edificio hay una vía pública. *Quid* si la vía fuese particular.—424. Si la obligación de las distancias y la facultad de pedir la comunidad del muro, así como el espacio entre éste y la línea divisoria, son observables con relación á edificios existentes á la publicación del Código. Opiniones diversas. Cuál es preferible.—425 Otras cuatro categorías de obras respecto de las cuales hay obligación de observar las distancias. Si la indi-

cación de las obras de cada categoría es demostrativa ó taxativa.—426. Pozos, letrinas, etc. A qué distancia se deben construir de las paredes ajenas y de las medianeras *Quid* si se origina caño al vecino.—427. *Quid* si después de construido un pozo ó una letrina, etc., el vecino ejecuta una obra en su predio, á la cual perjudica la obra anterior. *Quid* si el vecino adquiere la comunidad de la pared contra la cual se ha construido un pozo ó una letrina.—428. Tubos de ésta ó de aguas ascendientes ó descendientes. Distancia. *Quid* respecto de las paredes medianeras —429. Hornos, fraguas, chimeneas, establos, etc. Cuándo puede construirse contra pared ajena propia ó medianera. Zanjas y cauales. Distancia. Si hay obligación de mantener siempre la distancia. Si la distancia debe observarse cuando la orilla del canal tiene muro de sostén.—431 Distancias prescritas con respecto á las plantaciones. Si éstas constituyen servidumbre, ó bien un modo de ejercitar un derecho de propiedad.—432. Distancias prescritas para los árboles de altura ó bajo y para los setos. Si la designación de los árboles que hace la ley es taxativa.—432 *bis*. Si plantado el árbol á distancia legal, puede con el tronco ocuparse el predio vecino —432 *ter*. Si la distancia debe observarse con relación á los árboles que se producen espontáneamente. Cómo se mide la distancia. Con relación á qué predio debe ésta mantenerse.—433 Si existe presunción legal que atribuya al propietario de las plantaciones el espacio existente más allá de las mismas y correspondiente á la distancia legal.—434. Si se puede adquirir por prescripción el derecho de tener las plantaciones á menor distancia de la legal. Efectos de esta prescripción. Cuándo comienza á correr.—435. Ramas y raíces que invaden el predio ajeno. Si la servidumbre puede originarse del destino del padre de familia. Si prescribe el derecho de tener las raíces de los árboles propios en la propiedad ajena. Frutos de las ramas que se extienden hacia el predio vecino. A quién pertenecen. Si se puede entrar en el predio ajeno para cogerlos.

417. Al imponer la ley algunas distancias en las obras que se construyen ó plantaciones que se hacen en dos propiedades contiguas, no hace más que limitar el derecho absoluto de propiedad, aplicando estas restricciones en el interés recíproco de ambos propietarios. Siendo semejantes limitaciones impuestas

con relación á un predio y en beneficio de otro, encuentran su puesto natural en el título relativo á las servidumbres.

Ante todo, la ley concede á todo propietario el derecho de construir una casa ó una pared de cierre, en el límite de su propiedad, salvo siempre la facultad del vecino para pedir, según el art. 556 la medianería de la pared (art. 570).

La expresión *casa* no debe tomarse aquí con el significado restringido de edificio para habitación, sino que debe denotar todo edificio, sea cual fuese el uso á que esté destinado, toda vez que no habría razón plausible para denegar al propietario el derecho de construir en el límite la pared de un almacén, de una fábrica, etc., cuando puede construir una cerca ó una pared de una casa habitación. Por otro lado, el artículo 570 se limita á aplicar un principio común, y, por tal motivo, lo que dispone se debe aplicar en todos los casos en que concurren idénticas razones.

El propietario puede también edificar más atrás de la línea divisoria, pero si no se ha mantenido á metro y medio de distancia de ésta, el vecino puede pedir la comunidad de la pared y edificar contra ella, pagando, además del valor de la pared, el valor del suelo que ocupare. El propietario del edificio puede, sin embargo, impedir al vecino adquirir la propiedad del suelo existente entre el mismo y la línea divisoria, extendiendo hasta ella su edificación. Si el vecino no quisiera aprovecharse de la facultad de pedir, en el caso de que se trata, la comunidad del muro y la propiedad del suelo existente entre esta y la línea divisoria, debe edificar á tres metros de distancia. Esta distancia debe observarse también si la edificación existente está á más de metro y medio de la línea divisoria; así, si el

edificio dista, por ejemplo, dos metros y medio de la línea dicha, el vecino debe edificar á metro y medio de distancia de éste (art. 571).

418. Hay, como ya hemos notado, una diferencia notable que es preciso cordinar más y más aquí, entre el art. 570 y el 571. Cuando la pared perteneciente al vecino, ya sea una cerca, ya sirva para un edificio, existe en la línea divisoria, puede pedirse la comunidad de la misma, con cualquier objeto y aunque no se edifique contra la misma. Por el contrario, cuando la pared existe más allá de la línea divisoria, y á menos distancia de metro y medio de ésta, no puede pedirse la comunidad á no ser apoyando en ella el edificio propio. Esta diferencia resulta del texto y del espíritu de la ley.

En el art. 570 y en el 556 á que aquel se refiere, no se alude en manera alguna á la condición de edificar, para poder pedir la comunidad de la pared ajena existente en la línea divisoria: en el art. 571, en cambio, se lee, que el vecino puede pedir la comunidad de la pared existente á menos de metro y medio de distancia del límite, y *edificar* contra ella, pagando el valor del suelo existente entre la pared y la línea divisoria.

Ahora bien; ¿por qué dice este artículo lo de, *y edificar*? ¿Acaso para indicar que el vecino puede pedir la comunidad de la pared y edificar en ella si lo concepitúa oportuno? Pero entendida la adición de este modo, sería totalmente inútil, porque la facultad de edificar en una pared, es una consecuencia de la adquisición de la comunidad de la pared misma. En su virtud, las palabras—*y edificar*—deben tomarse en el sentido de que el vecino debe al propio tiempo pedir dicha comunidad del muro y edificar con el mismo.

Y no conduce á otra consecuencia distinta el espíritu de la ley.

Cuando la pared existe en la línea divisoria hace el oficio de pared de cierre ó cercado, y se comprende por esto el interés que el vecino tiene de adquirir la comunidad, aunque no edifique con la misma, á fin de impedir que la pared que separa los dos predios, pueda ser destruida por el propietario. En cambio, cuando la pared está más allá de la línea divisoria, no hace el oficio de cerca ó cierre, porque no divide dos propiedades: no puede, pues, haber otro interés al adquirir la comunidad, que el de apoyar en ella el propio edificio.

Debemos observar, por último, que en la duda, nuestra interpretación del art. 571, debe preferirse á cualquier otra, porque las disposiciones que limitan los derechos de propiedad ajena, es preciso interpretarlas estrictamente, y cuando hubiera dudas, debe el intérprete inclinarse hacia el derecho de propiedad, antes que hacia su limitación.

419. Según el art. 571, si el vecino no adquiere la comunidad de la pared existente más allá de la línea divisoria á menos de metro y medio de distancia, y no paga el valor del suelo existente entre la pared y la línea límite, debe edificar á tres metros de distancia: esta misma disposición, ¿es aplicable en el caso de que no se quiera aprovechar la pared existente en la línea divisoria para apoyar en ella la propia construcción?

Aunque la ley no lo declara expresamente, no vacilamos en responder que sí.

Las palabras *aunque no se construya en la divisoria*, con que comienza el art. 571, demuestran que no es más que una continuación del art. 570; así, pues, cuando en aquél se lee que, si el vecino no hace uso de la facultad de pedir la comunidad de la pared y de apoyar en ella su edificio, debe edificar á tres metros de

distancia, semejante disposición se refiere tanto al caso en que la pared exista en la divisoria, como á aquel en que se encontrara más allá de la misma, pero á menos de metro y medio de distancia. Por otro lado, el objeto en virtud del cual el legislador exige que una construcción esté unida á otra y que entre una y otra haya un espacio por lo menos de tres metros, es el de evitar las pequeñas distancias entre casa y casa, que suponen espacios fácilmente convertibles en depósitos de inmundicias ó en lugares adecuados para escondrijos de malhechores, con daño de la higiene y de la seguridad públicas. Ahora bien; esta razón se ofrece tanto en un caso como en otro, y, por lo tanto, la ley debe aplicarse en ambos (1).

La distancia de tres metros, cuando no se apoya en la pared ajena, ¿se prescribe siempre sea cual fuere el modo de la construcción? Cuando se construya frente á la pared existente, no hay duda respecto de la aplicabilidad de la disposición que examinamos; pero cuando se construya de modo que la nueva pared no mire hacia la existente, sino que cae perpendicularmente hacia la misma, es preciso observar la distancia prescrita. Vuestra pared, por ejemplo, mira hacia el *Sur*: yo construyo mi pared con el frente hacia el *Este*, de suerte que viene á formar un ángulo con vuestra pared; ¿es en este caso necesario que la extremidad de la pared, cuando no se une con la vuestra, se encuentre de ella á una distancia no menor de tres metros?

---

(1) V. Cas. Turín, 16 Jul. 1879. (*Racc.*, XXXI, I, 1021) Se ha estimado en esta sentencia, que se va contra la ley cuando se edifica á menor distancia de metro y medio de la pared ajena existente en la línea divisoria, y se hace apoyar en la referida pared sólo el tejado.

El Tribunal de Casación de Turín advierte que la obligación de observar la distancia se impone por la ley en el caso de que el edifica pueda sacar partido de la pared existente; y como esta convicción se verifica sólo cuando se construye frente á la pared existente, y no cuando la que se construye formara ángulo con la misma, no hay obligación en este caso de respetar la distancia (1).

Esta doctrina nos parece un tanto arbitraria, en cuanto introduce una distinción que en el texto no existe. Por otro lado, ¿es exacto que en el caso de que se trata, el vecino que construye no puede sacar partido de la pared existente? No, porque puede aprovecharse de ella apoyando la suya. Y no se diga que este beneficio se obtiene no más que en una pequeñísima parte, en la hipótesis de referencia; porque, ¿es acaso necesario que se aproveche de toda la pared existente, para que quien edifica esté obligado á respetar la distancia legal? No, toda vez que lo mismo cuando hacéis una construcción larga que corta, estáis obligado á respetar la distancia ó apoyar, aunque no podáis por lo que á vuestra edificación se refiere, aprovecharos de toda la pared existente; en su virtud, pues, basta que este provecho sea posible, aunque sólo sea en parte, para que pueda estimarse que se verifica el concurso de la condición que la ley exige.

419 *bis*. La distancia de tres metros, ¿se exige también cuando la pared existente es una simple pared de cierre? Se ha estimado que en este caso, el que edifica debe mantenerse á metro y medio de distancia de la pared divisoria; de suerte que si el otro propietario quiere luego edificar, como deberá retirar otro metro

---

(1) Sent. 23 Oct. 1882.

y medio, resultará así que hay entre las dos edificaciones la distancia de tres metros, habiendo contribuido á constituirla por igual los dos propietarios (1).

Observaremos ante todo, que para dar fundamento á esa doctrina, hace falta, no ya interpretar, sino crear la ley; porque, ¿qué disposición hay en nuestro código que prescriba como obligatoria la distancia de metro y medio? Cuando los dos predios están abiertos, el que primero edifica, si quiere sustraerse á una ulterior demanda de comunidad, debe mantenerse á una distancia por lo menos de metro y medio de la línea divisoria, por el contrario, cuando una edificación exista ya, ó es preciso apoyar en ella, ó mantenerse á tres metros de distancia; en ningún caso pues, la ley prescribe como obligatoria la distancia de metro y medio. El texto legal que falta se cree encontrarlo en el art. 587, en el cual se dice, que no se pueden abrir vistas directas ó ventanas, ni balcones ni otros salientes semejantes, hacia el predio cercado ó no, ni tampoco sobre el tejado del vecino, si entre el predio de éste y la pared en que se efectúan las obras dichas no hubiere metro y medio de distancia. Ahora bien; se dice, si á metro y medio de distancia del predio ajeno, aunque esté *cercado*, se pueden abrir vistas directas, esto quiere decir que á la distancia dicha, se puede construir la pared en que las vistas se abran, aunque esto suceda al predio del vecino *cerrado* por una pared de cerca, por lo tanto, en el caso que nos ocupa, la ley prescribe la distancia de metro y medio.

Fácilmente puede oponerse á este razonamiento, que este artículo se refiere á la hipótesis en que la pared existe á menos de un metro y medio de distancia

---

(1) V. Apel. Génova, 20 Nov. 1882.

del predio ajeno cercado, prohibiendo en este caso abrir en él vistas; por lo tanto, si la cuestión que examinamos debiera resolverse por el art. 587, debería deducirse que se puede edificar á menos de metro y medio de distancia del muro ó cerca, resultando por tal modo el artículo en contra de quien lo invoca. Lo cual demuestra que este artículo es extraño á la cuestión de que tratamos y cuya solución es preciso encontrar en otro sitio.

Dos hipótesis pueden suponerse.

La primera, que la pared divisoria existente en la línea límite de los predios, pertenezca no á aquel que quiere levantar el edificio sobre su suelo, sino á otro propietario; en este caso hay ya una construcción primera, la pared existente en la línea divisoria, que el segundo constructor encuentra allí. ¿Cuál es la disposición legal aplicable en este caso? La del art. 571. En efecto; el que ha levantado la pared para cercar su propiedad no se ha mantenido al metro y medio de distancia del límite; luego el vecino que quiera edificar debe, según los términos de dicho artículo, ó pedir la comunidad de la pared para apoyar en ella su edificio, ó bien mantenerse á una distancia que no baje de tres metros.

Y no se diga que esta disposición del art. 571, se refiere sólo al supuesto de que quien quiere edificar se encuentre con un edificio delante de sí, y no á aquél en que encuentre delante de sí un simple muro de cierre; porque el texto del artículo controvertido rechaza semejante interpretación.

En efecto, el artículo concede el derecho de pedir la comunidad *de la pared* que se encuentre á menos de metro y medio de distancia de la línea divisoria; y tan pared es la que sostiene un edificio, como la que sirve

para dividir dos predios contiguos, ¿cómo en verdad, puede decirse que la facultad de pedir la comunidad y la obligación, cuando no se quiera hacer uso de esta facultad, de mantenerse con la construcción á tres metros de distancia, sólo se refieren á la pared de otro edificio, y no á la que sirva de división entre dos predios?

El art. 571 habla, es verdad, de edificios; pero esta expresión se refiere á la obra que se quiere construir, no á aquella que ya lo está. En otros términos, el artículo 571 exige que se trate de construir un edificio para poder pedir la comunidad de la pared que se encuentra más allá de la línea divisoria, pero á menos de metro y medio de distancia: no exige que la pared, cuya comunidad se pide, ó respecto de la cual debe observarse la distancia, pertenezca á un edificio. Esta condición, que no se encuentra en la ley, es necesario ponerla, y el intérprete no puede tanto (1).

Supongamos ahora que la pared divisoria pertenezca á quien edifica ó que sea medianera, ¿se debe en este caso observar la distancia de tres metros, prescrita por el art. 571, cuando no se quiera apoyar en el mismo edificio?

En nuestro concepto no se debe observar en ese caso ninguna distancia. Cuando una pared propia ó común se encuentra ya en la línea divisoria no estamos en ninguna de las hipótesis previstas en los artículos 570 y 571. No estamos en aquella en que se trata de construcción anterior, construcción que se hace cuando los dos predios contiguos están abiertos, porque existe ya una pared á la cual conviene el nombre de construc-

---

(1) V. en este sentido Trib. Cas. de Turín, 27 Mayo 1883 y de Nápoles 21 Jul. 1883.

ción de que la ley habla: tampoco se trata de aquella otra en que quien edifica encuentra delante de sí otra pared ya hecha, porque la ley presupone que esta pared ya construida pertenece á otro propietario, no á quien construye, ó bien á ambos. Si la pared existente es propia de quien edifica, se comprende fácilmente que, habiendo ya edificado en la línea divisoria, no está obligado á observar distancia alguna en las demás paredes que quiere levantar, como no está obligado á observar ninguna distancia, cuando la pared de frente del edificio se encuentra sobre la línea divisoria, y detrás de ésta quiera elevarse otra pared. En estos casos se presenta la hipótesis prevista por el artículo 587 de que antes nos hemos ocupado.

Si la pared divisoria existente fuese medianera, cada uno de los copropietarios tienen en ella igual derecho, y cada uno de ellos puede apoyar en la misma su propio edificio, levantarlo, pero sin que ninguno de ellos pueda abrir en ella vistas. Ahora bien; sea cual fuese la distancia á que se tenga de esta pared uno de los propietarios al levantar su edificio, los derechos del otro propietario no pueden ser ni disminuidos ni superados; porque pudiendo aquél apoyar su edificio en la pared medianera, sin poder, por lo demás, practicar en ella ningún hueco, ¿para qué serviría el espacio que el otro propietario hubiese dejado entre su edificio y esta pared? Se observa, sin embargo, que manteniéndose el que construye á metro y medio de distancia de la línea divisoria, á igual distancia deberá mantenerse el otro propietario, si quisiera también levantar un edificio en su suelo, y así se tendrá entre las dos casas la distancia de tres metros prescrita por la ley.

Pero quien así razona, olvida que en ese espacio de

tres metros que se quiere dejar libre, existe ya una pared medianera, á la cual pueden los propietarios con derecho apoyar su edificación sin observar distancia alguna. Así, pues, obligando al otro propietario á observar el metro y medio desde la divisoria al construir su casa, se le priva del derecho que tiene ya adquirido de apoyarla en la pared medianera; ¿y cuál es el texto legal que sancione esta que es una verdadera expoliación de los derechos de otro? Ni el texto de la ley, pues, ni el espíritu que le informa, se prestan para imponer la observancia de una distancia, cualquiera que ella sea, en el supuesto á que nos referimos.

419 *ter.* La prohibición de construir á menos de tres metros de distancia, si la construcción no se quiere ó no se puede apoyar en la del vecino, cesa cuando se trate de levantar paredes de cierre, cerca, de las que en el interior de la ciudad ó en los arrabales dividen las casas, los patios, los jardines, y á cuya construcción puede uno de los vecinos obligar al otro, en virtud de lo que dispone el art. 559. La existencia de estas paredes se exige, no tanto en interés de las dos propiedades contiguas como en el de la seguridad pública, mientras la prohibición de construir en campo abierto, ni á menos de tres metros del edificio del vecino, atiende más al interés particular que al público. Ahora bien; la disposición de orden público debe prevalecer sobre la de carácter privado.

De consiguiente, si en el interior de una ciudad ó arrabal tú has construido á un metro de distancia de tu límite, y yo poseo un jardín ó un patio contiguo á tu propiedad, no sólo puedo construir en el límite divisorio una simple pared de cierre, sino que puedo obligarte á concurrir á los gastos (1).

(1) Cas. Nápoles. 21 Feb. 1883.

420. La facultad que compete al propietario del edificio de extenderlo hasta la línea divisoria para impedir al vecino obtener la propiedad del espacio existente entre el límite y su pared, se refiere á cualquier clase de edificio, y hasta á la simple cerca de pared, porque es aquélla una consecuencia del derecho de propiedad, sobre el terreno que hay entre la pared y la línea divisoria.

La distancia de tres metros entre uno y otro edificio debe mantenerse con relación á todos los puntos del mismo. Así, si yo construyo mi pared haciéndola inclinarse ó entrar en la parte superior, la distancia de tres metros es desde la base del saliente que es el punto más avanzado frente al otro edificio. Del propio modo si en mi construcción quiero poner un balcón ú otro saliente análogo, debo hacerlo de modo que entre el extremo de éste y el edificio vecino haya los tres metros de distancia.

421. El párrafo último del art. 571 dispone que se reputa nueva construcción aunque sea la simple elevación de una casa ó de una pared ya existente. Supongamos que al publicarse el Código yo poseo una casa que diste dos metros de la del vecino: si yo quiero levantar, ¿deberé retirar hacia atrás toda mi casa demoliendo la parte existente que no esté á los tres metros, ó bien bastará que la elevación sólo se haga á los metros indicados?

No falta quien sostiene que se debe demoler el edificio existente para hacer la edificación toda á los tres metros de la ley (1). La razón que se aduce es la de que la ley considera nueva construcción la elevación de la pared existente, y la cual elevación no puede

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Delle Serv. legali*, n. 558.

hacerse, á no ser removiendo la base de la pared misma.

Este argumento no nos parece de gran valor en el caso presente; porque si bien sería éste concluyente si yo quisiera levantar la pared sita frente á mi casa á menos de tres metros de distancia del edificio del vecino, no tiene ningún valor, repetimos, cuando no se levante esta pared, sino otra existente detrás de la misma, ó de otra construida de nuevo á distancia, en uno y en otro caso, de tres metros de la casa del vecino. En la hipótesis supuesta, la nueva construcción no es la parte anterior de mi casa, sino la posterior; así, pues, la distancia legal debe observarse entre ésta y la casa del vecino, no entre el edificio vecino y la parte anterior del mismo. Adviértase, además, que la doctrina contraria destruiría sin motivo plausible un derecho que yo he adquirido ya por haber efectuado un hecho bajo el imperio de una ley que me lo consentía. Si al promulgarse el Código el vecino no puede pedir que yo retire hacia atrás mi construcción en el punto en que diste menos de tres metros de la suya, ¿por qué he de ser yo obligado á demolerla cuando detrás de la misma levante á distancia legal un nuevo edificio?

422. La prohibición de construir á menos de tres metros de distancia, si no se apoya el edificio en la pared del vecino, ¿se aplica á las construcciones subterráneas?

Téngase en cuenta que tal prohibición implica limitación en el ejercicio del derecho de propiedad, por lo que se interpreta estrictamente, y no puede aplicarse cuando falta la razón sobre la cual se funda. La distancia de tres metros se requiere para no dejar entre dos edificios espacios peligrosos desde el punto de

vista higiénico y de la seguridad para los mismos que habitan los edificios. Ahora bien; tales inconvenientes no son temibles con relación á las construcciones subterráneas, porque no hay entre ellas espacio practicable; así, pues, falta razón para ampliar á las mismas la prohibición legal.

423. Al hablar de las paredes medianeras hemos indicado ya que la pared de un edificio destinado á uso público no puede convertirse en común, cuando existe en la línea divisoria de dos propiedades. El artículo 572 declara que las disposiciones legales de los artículos 570 y 571 no se aplican á dichas paredes; de donde es preciso deducir que la comunidad de una pared perteneciente á edificio público, tampoco puede pedirse en el caso de que esté á menos de metro y medio de distancia de la línea divisoria.

Añade además el mismo art. 572 que la prohibición de construir á menos de tres metros y medio de distancia no se aplica cuando entre uno y otro edificio haya una plaza ó una vía pública. Si, pues, entre el edificio ajeno y la línea divisoria de mi propiedad existe una faja de tierra que no sirve al uso público, sino que es de pertenencia privada, la prohibición subsiste y yo no puedo construir á menos de tres metros de distancia de la casa del vecino.

•Del contexto de las disposiciones contenidas en los artículos 570 y 571, observa el Tribunal de Casación de Florencia, resulta claro el concepto del legislador, en virtud del cual quiere que sea libre todo vecino de construir en primer término en cualquier parte del predio propio, aunque sea en el límite; pero una vez levantado su edificio, que no puede el vecino construir en ningún caso en su predio una edificación separada ni practicar elevaciones si entre la pared del primer

edificio y la nueva construcción no media, cuando menos, la distancia de tres metros. De donde se sigue que, habiendo la ley tenido en cuenta tan sólo las construcciones y el espacio de aire que debe dejarse entre ellas, no podía haber razón para subordinar lo que dispone al examen de la pertenencia del suelo del solar mismo. Pertenezca éste ó no á los mismos propietarios de los dos edificios, la razón, y por ende la obligación de mantener entre ellos la distancia legal, subsiste siempre.»

424. Es una grave é interesante cuestión la relativa á la aplicación de los arts. 570 y 571 á los edificios existentes antes del Código. Ante la disparidad existente de opiniones es preciso recurrir á los principios generales para ver cuál entre las diferentes doctrinas debe ser preferida.

Las prescripciones legales relativas á la distancia que debe observarse al ejecutar algunas obras, no tienen otro objeto que el de establecer y determinar como puede cada cuál ejecutar los derechos de propiedad que le corresponden. Es un principio jurídico bien conocido que la ley que hoy establece un cierto modo de ejercitar las prerrogativas de la propiedad, puede mañana prefijar uno distinto, sin que los ciudadanos puedan hacer valer en contrario los derechos adquiridos en virtud de una ley anterior, en razón de que el derecho concedido por la ley, la ley puede quitarlo, sin que con ello se lesione un derecho adquirido; por donde las disposiciones relativas á las distancias legales tienen efecto inmediatamente, y deben aplicarse también respecto de los edificios construidos antes de la publicación del Código (1).

---

(1) Principio este generalmente admitido por la jurisprudencia.

No falta, sin embargo, quienes no aceptan este principio en toda su extensión. Distinguen entre las paredes edificadas en la línea divisoria y las que se encuentran más atrás. Aplican á las primeras el artículo 570, aunque fueran anteriores á la publicación del Código, y creen que no debe aplicarse á las segundas el art. 571, sino las leyes vigentes, cuando se construyan. Dos argumentos se aducen para sostener esta distinción.

Se dice que la locución del art. 570 es tal que puede extenderse también á las paredes existentes antes del Código, mientras la del art. 571 es sólo aplicable á los edificios que se construyan, y no á los *construidos*, porque se dice en él *si no se construye sobre el límite, etc.*; palabras éstas que se refieren á las construcciones que hayan de hacerse y no á las existentes (1).

Este modo de interpretar, no racional sino literalmente la ley, es harto peligroso, porque con facilidad se está más á las palabras que á la verdadera voluntad del legislador. El legislador habla de construcciones futuras en la primera parte del artículo, por referirse á la mayor parte de los casos en que lo que dispone habrá de aplicarse; pero no entiende con esto rechazar las edificaciones existentes porque uno de sus párrafos dice lo siguiente: «Lo mismo tiene lugar en todos los demás casos en que la construcción del vecino se *encuentre* á menos de tres metros de la línea divisoria.» Ahora bien, la expresión se *encuentre* puede referirse tanto á los edificios existentes, en el momento en que el Código se pone en vigor, como á los que

---

dencia. Consúltese Sent. Cas. Florencia, 16 Noviembre 1871; Cas. Turín 7 Diciembre 1871; Trib. Apel. Perusa 7 Julio 1876.

(1) Trib. Apel. Milan 7 Marzo 1871.

puedan construirse en el porvenir; *no es por tanto exacto afirmar* que el artículo 571 se refiera sólo á los edificios que hayan de construirse y no á los que ya estén contruidos á cualquier distancia de la línea divisoria. Se dice en segundo lugar que concurriendo en este caso, no sólo la disposición legal sino también el hecho del hombre, el cual aunque podía edificar en el limite de su propiedad ha edificado más adentro, no puede negarse que éste ha adquirido un derecho que no dede la ley posterior desconocer. Este argumento, ó es difícil de comprender con exactitud, ó prueba demasiado; porque también la pared edificada en la línea divisoria se ha edificado mediante un hecho del hombre, y ocurre que si la ley antigua prohibía la comunidad, esta puede adquirirse por la nueva ley que lo permite.

El hecho del hombre que con el concurso de la ley precedente puede oponerse á la nueva, es aquel por el cual el derecho concedido por la ley anterior se ha actuado. Por ejemplo, si la ley derogada permitía abrir vistas directas en la pared propia existente en la línea divisoria, y las vistas se han en realidad abierto, no se puede en virtud de la nueva ley exigir que las vistas existentes se sustituyan con simples luces, porque habiéndose efectuado el hecho de la apertura de las vistas bajo el imperio de otra ley, no puede ser regulado por la nueva; pero si en la pared existente en la línea divisoria quisiera hoy abrir el propietario una vista directa, no podría aunque la ley precedente le concediese derecho. Ahora bien, el propietario que construye dentro de la distancia de la línea divisoria no adquiere por la disposición legal vigente en el momento de la construcción el derecho de no convertir su pared en medianera del edificio que construirá el vecino,

porque el hecho este no se ha efectuado todavía, y cuando esto ocurre puede una nueva ley regular de otro modo al derecho de propiedad. Así, pues, si yo he construido á un metro de distancia de la divisoria estando vigente una ley que rechazaba en este caso toda petición de comunidad de mi pared, el vecino no obstante puede pedirla después de la publicación del Código.

Si el hecho del vecino que ha adosado su edificio á otro existente se hubiera cumplido, surge á su favor un derecho adquirido. Supongamos que la ley anterior prescribiese que no edificándose á menos de dos metros de distancia de la divisoria, el vecino hubiera podido pedir la comunidad, y que el vecino haya en realidad pedido la comunidad de la pared sita á dicha distancia, y edificado, apoyando su edificio en el mismo antes de la promulgación del Código. Una vez publicada la nueva ley, la cual dispone que sólo puede edificarse contra la pared del vecino cuando ésta se encuentra á menos de metro y medio de la divisoria, no puede decirse que el edificio apoyado en la primera, sea removido para reconstruirlo á los tres metros, porque en este supuesto media el hecho espontáneo del hombre que establece en pro de su autor un derecho adquirido.

425. La distancia establecida por la ley se observa no sólo cuando se trata de edificios, sino también con relación á otras obras que se comprenden en cuatro categorías.

La primera de estas abarca los pozos de agua viva, las cisternas, los sumideros ó excusados, las alcantarillas, los tubos de bajada de los techos ó los elevadores de aguas mediante bombas ú otros artefactos. La segunda está constituida por las chimeneas, los hornos,

fráguas, establos, almacenes de sal ó de materias corrosivas, las máquinas movidas por vapor ú otras fábricas que sean peligrosas por causa de incendio, explosión ó emanaciones nocivas. La tercera comprende las zanjas y canales que conducen las aguas. En la cuarta las obras para abrir fuentes, canales ó acueductos, ó efectuar modificaciones en los existentes. De esta última nos hemos ocupado en el capítulo relativo á la servidumbre de acueducto, nos resta hablar de las tres primeras.

Ante todo debe preguntarse si la indicación de las obras de cada categoría es *taxativa* ó sólo *demonstrativa*.

Nos inclinamos á considerarla hecha en este último sentido. Si, en efecto, consultamos el objeto de la ley al establecer ciertas distancias, y que no ha sido otro que el de evitar daños recíprocos entre los propietarios vecinos, si tenemos en cuenta que, aun cuando se hayan observado las distancias legales, podrá el juez establecerlas mayores y prescribir nuevas precauciones para garantir al vecino; si además atendemos al espíritu amplio y benigno que informa los arts. 573 y siguientes, fácilmente nos persuadiremos de que el legislador se ha referido á aquellas obras que con más frecuencia ocurren, sin excluir por ello las que por los mismos motivos exigieran la observancia de una distancia legal. El legislador habla por vía de ejemplo en el art. 573 de pozos y cisternas; pero consideramos que esta disposición debe ser aplicable á un depósito construido con el objeto de conservar aguas destinadas al riego, para abreviar animales ó para cualquier otro uso.

426. Con respecto á algunas de las obras indicadas en la primer categoría, los pozos de agua viva, los pozos negros, las cisternas, excusados, si se hacen junto

á una pared ajena ó medianera, deben construirse á dos metros de distancia, calculándola desde la cara anterior de la pared ajena ó medianera y el punto más próximo del perímetro interior del muro de la obra construida. Y si á pesar de haber observado tales distancias se originase daño para el vecino, el juez deberá fijarlas mayores y ordenar que sean ejecutadas las obras necesarias para evitar todo daño á la propiedad del vecino (art. 573).

Si dichas obras se deben ejecutar en el límite del predio ajado no edificado, ó junto á una pared propia, aunque divida dos edificios, no hay obligación de observar la distancia legal, porque el artículo que examinamos habla sólo de paredes ajenas ó medianeras, y las disposiciones limitativas del derecho de propiedad no pueden extenderse á más casos que los previstos expresamente por la ley. Sin embargo, si en virtud de filtraciones de las materias contenidas en un pozo negro aquéllas se introducen por la propiedad vecina, corrompiendo, v. gr., las aguas de un pozo ó de una fuente, deberé colocar mi pozo á distancia tal que sea imposible toda filtración en la propiedad ajena, y hacer al efecto todas las obras que se estimen necesarias. Y si á pesar de esto las materias continuasen introduciéndose en el predio del vecino, perjudicándole, y no hubiese modo de impedirlo, estoy obligado á remover la obra ccnstruida.

En la hipótesis indicada, la distancia á que la obra debe mantenerse, los trabajos necesarios para remover el daño del vecino, y hasta su destrucción, se derivan de la aplicación del principio general según el cual á nadie es lícito introducir en la propiedad ajena materias que puedan perjudicarla. Un argumento, sin embargo, se aduce en confirmación de esta doctrina

del mismo art. 573, toda vez que en éste, para salvar por entero los derechos ajenos, se dispone que, si aun después de observadas las distancias se derivase de la obra algún daño para el vecino, deberá el juez prescribirlas mayores y ordenar los trabajos necesarios para garantir la propiedad del vecino.

427. Supongamos que después de haber excavado un pozo negro en la divisoria, abre el vecino en su propiedad un pozo; ¿estaré yo obligado á remover mi obra si de la misma resultase daño para las aguas por efecto de las filtraciones?

Opinamos que sí.

Es, en efecto, un principio general que á nadie es lícito introducir ninguna cosa en la propiedad ajena; así, pues, el propietario del predio en el cual otro introduce materias nocivas, conserva siempre el derecho de pedir que cese semejante introducción. Y no podría alegarse, en la hipótesis que suponemos, la prescripción para establecer á favor de aquel que desde hace tiempo hubiere construido la obra, un derecho de servidumbre activa para introducir por vía de filtración alguna cosa en la propiedad ajena, porque el propietario del predio no edificado no tenía derecho á exigir que la obra se mantuviese por el vecino á una cierta distancia, y no podía saber si las materias de que se trata se introducían en su propiedad perjudicándola; lo que excluye de su parte la ciencia y paciencia en que la prescripción se funda.

Si después que yo he construido un pozo ó una alcantarilla adherente á mi pared divisoria, el vecino adquiere medianería en ésta, no puede pedir por este sólo hecho que yo separe mi obra hasta la distancia legal, porque la medianería se adquiere en el estado mismo en que la pared se encuentra, y no de otro modo.

428. En cuanto á los tubos ó conductos de la alcantarilla, dice el citado art. 573, ó de los de bajada de los techos ó los que sirven para elevar el agua por medio de bombas ó por medio de otra máquina, la distancia debe de ser por lo menos de un metro desde la divisoria. Igual distancia será observada para las ramificaciones de esos tubos y se computará siempre desde la línea divisoria al punto más cercano del perímetro exterior del tubo.

No se dice aquí expresamente si la distancia indicada se debe observar con relación á los tubos en todo caso, ó cuando estén colocados en pared ajena ó medianera. Sin embargo, el hecho de formar parte estos incisos del art. 573 y las expresiones empleadas por la ley, *en cuanto á los tubos, etc.*, demuestra que con respecto á ellos el legislador, ha presupuesto las mismas condiciones indicadas ya en la primera parte del artículo que examinamos, porque de no ser así, hubiera debido hacer notar la gran diferencia que hay entre las disposiciones relativas á unas y otras obras. Fuera de esto, como las prescripciones legales relativas á los tubos son restrictivas del derecho de propiedad, deben interpretarse estrictamente y, en la duda, se debe decidir en favor del ejercicio del derecho de propiedad.

Advertimos que las citadas disposiciones del artículo 573 derogan lo dispuesto por el 561 que autoriza á cada copropietario á apoyar sus construcciones en la pared medianera y á introducir en ella vigas, pontones, etc., por donde los tubos de que se trata no podrán adosarse, en virtud del art. 561, á una pared medianera, aun cuando se probase que no se originaría de ellos daño alguno para la pared. Sin embargo, un hierro que deba sostener el tubo colocado á distan-

cia de un metro de la pared medianera podría introducirse por ella, porque el derecho del art. 573 se refiere á los tubos y no á los soportes.

429. Las obras comprendidas en la segunda categoría no pueden hacerse en pared medianera ó divisoria aunque propia si no se ejecutan los trabajos y no se observan las distancias que los reglamentos prescriben ó que, en su defecto, fijará la autoridad judicial con el fin de evitar todo daño al vecino (art. 574).

Quien, por lo tanto, quiera emprender trabajos de ese género en una pared medianera ó divisoria, no necesita preguntar al vecino si existen reglamentos locales que prescriban las distancias y los trabajos que hayan de hacerse, para garantizar la propiedad ajena, sino que debe ejecutar las obras acomodándose á los mismos. Cuando tales reglamentos no existan y las partes interesadas no se hayan puesto de acuerdo, deberá el que construye acudir, con audiencia del otro propietario interesado, á la autoridad judicial para que la misma señale las precauciones que deben tomarse.

No obstante, si á pesar de las precauciones prescritas por los reglamentos ó por el juez, se originase de las obras algún daño para el vecino, ya porque el fuego se comunique á su propiedad ó porque la humedad se infiltre, ó á causa de las emanaciones nocivas, el constructor de las obras estará obligado, en virtud de los principios generales del derecho, á resarcir los daños causados; deberá hacer nuevos trabajos para impedir que aquéllos se repitan en lo por venir, y cuando tales peligros no puedan evitarse, podrá ser obligado á demoler la obra construida.

430. El art. 575 prescribe respecto de las obras de la tercera categoría, esto es, las zanjas y los canales, que no se puedan abrir sino observando una distancia

del predio vecino igual á su profundidad, salvo las mayores distancias que los reglamentos locales determinan. La distancia en este caso, se medirá desde el borde de la orilla no desde la base, debiendo la misma inclinarse con toda la inclinación posible á menos que esté protegida por obras de defensa cuando la inclinación sea menor ó falte por completo (art. 576).

Si el foso ó canal se trazase próximo á una pared medianera no es necesario observar la distancia indicada, pero deben hacerse las obras indispensables para impedir todo daño (art. 577). Tales obras son obligatorias y no puede eximirse de hacerlas quien abre el canal próximo á una pared común manteniendo la distancia legal cuando ésta fuese suficiente para preservar la pared de todo daño.

No siendo preciso observar la distancia cuando la zanja ó canal se ha abierto próximo á una pared medianera, consideramos que la distancia legal ni la obligación de la inclinación se deben observar cuando quien abra el foso reviste la orilla contigua al predio vecino con un muro tal de sostén que garantice el predio de filtraciones y demás, porque cuando el objeto de la ley se ha conseguido ya no hay motivo racional alguno para imponer ninguna limitación á los derechos de otro.

Puede suponerse que entre la zanja que un propietario excava en su predio y el terreno vecino, existe otra zanja ó un sendero común ó de propiedad ajena pero sometido en este último caso á la servidumbre de paso. Cuando esto ocurra la distancia se calcula desde el borde de la orilla de la zanja común, ó desde la línea del sendero al borde del foso abierto (art. 576).

Quiere decirse con esto que la distancia debe medirse entre los bordes más próximos ó la línea del ca-

mino más próximo al borde de la zanja abierta. La obligación de la inclinación ó en su defecto de hacer las obras de sostén necesarias, es aplicable en este último caso.

La distancia que se observa al abrir la zanja es necesario que se mantenga siempre, pues de no ser así, no se conseguiría el objeto que la ley persigue. Si, pues, el agua de la zanja ó canal destruye la orilla próxima el predio ajeno, deberá ser restablecida á la distancia legal, manteniendo la misma inclinación del declive y si fuese necesario la zanja ó canal deberá ser retirado hacia atrás para que sean observadas las prescripciones legales.

431. La ley, por último, señala también una distancia respecto de las plantaciones. Antes de examinar las disposiciones del Código á este propósito, es interesante establecer si la prohibición de plantar á menor distancia del predio ajeno constituye una servidumbre, ó bien si no es más que una consecuencia natural del ejercicio del derecho de propiedad.

Sedice por los unos: la prohibición de que se trata no es más que una limitación impuesta al derecho de propiedad correspondiente á aquel que quiere plantar, luego constituye servidumbre. A lo cual se replica por otros: la ley prescribe respecto de las plantaciones una cierta distancia del predio ajeno, porque de otro modo con las raíces y con las ramas de los árboles se podría invadir la propiedad ajena; en su virtud, la prohibición no crea una servidumbre, sino que se limita á sancionar el respeto debido á los derechos de otro.

Creemos que las dos opuestas opiniones pueden ponerse de acuerdo con una distinción que estimamos oportuna. Una cosa es á nuestro modo de ver el he-

cho simple de la plantación, y otro distinto el de tener las ramas y las raíces de los árboles propios en el predio ajeno. Nótese, en efecto, que el extenderse de las ramas y el introducirse de las raíces de los árboles en el predio ajeno no es una consecuencia necesaria de no haber observado la distancia legal en la plantación, porque las raíces pueden caminar en dirección opuesta al predio vecino y la planta puede guiarse de modo que las ramas no se extiendan sobre el predio ajeno. Obsérvese también que cuando las ramas y las raíces ocupan el predio ajeno, aun cuando el árbol esté plantado á distancia legal, el propietario del predio por el cual se extienden, tiene derecho de cortar directamente las unas y de exigir que se corten las otras. También en el concepto de la ley son distintos los dos hechos de la plantación y de extenderse las ramas y de internarse las raíces por el predio ajeno, siendo distintas, por lo demás, las prescripciones relativas á la distancia de las que se refieren á la corta de las ramas y de las raíces que se extienden por el predio vecino.

Ahora bien; las primeras constituyen evidentemente una servidumbre, porque limitan el derecho de propiedad en interés recíproco de los dos predios; en cambio las segundas no se refieren más que al ejercicio del derecho de propiedad, el cual no puede hacerse de modo que invada ó disminuya los derechos de otro.

Luego se verá la importancia de esta distinción; por el momento nos basta haberla indicado.

432. La ley clasifica las plantaciones en árboles de alto tronco y árboles que no son de alto tronco. Para los primeros, señala una distancia de tres metros, para los segundos de metro y medio, y de medio me-

tro para las viñas, los arbustos, setos vivos, morenas enanas y para los árboles frutales enanos ó en espaldar y cuya altura no pase de dos metros y medio. Sin embargo, si los setos son de alisos, castaños ú otros árboles semejantes que se corten periódicamente junto al tronco, la distancia será de un metro y de dos metros para los setos de acacias (art. 579) (1).

El artículo citado indica cuáles son los árboles de alto tronco y cuáles no. La enumeración, sin embargo, no es taxativa, sino sólo demostrativa, porque después de la enunciación de algunas clases de árboles se añade y *otros semejantes*. Por donde los abetos, las hayas, etc., se deben comprender entre los árboles de alto tronco, aun cuando no los designe el artículo 579. De este principio, el Tribunal de Casación de Turín ha deducido la consecuencia de que el cerezo, por ejemplo, aun cuando está comprendido por la ley entre los árboles de tronco bajo, debe, sin embargo, considerarse como árbol de tronco alto cuando se demostrare que puede elevarse á una altura notable (2).

No creemos que esta consecuencia esté deducida lógicamente.

En efecto; si la enumeración de los árboles hecha por la ley es sólo demostrativa y no taxativa, esto lleva á la consecuencia de que un árbol no designado por la ley en categoría alguna, se comprende en aquella que mejor responda á su índole, pero no puede conducir á la consecuencia de que un árbol comprendido por la ley en una categoría dada, puede por el intérprete clasificarse en otra. El intérprete puede

---

(1) Consúltese Apel. Catania, 28 Nov. 1882.

(2) Sent. 20 Dic. 1881.

suplir el silencio de la ley, especialmente cuando deja al prudente arbitrio del magistrado la aplicación de un criterio general por ella establecido á los diferentes casos que en la práctica pueden ocurrir; pero no tiene la facultad de derogar una disposición que en la ley hay, y considerar como no escrito lo que en el texto se lee. El criterio por el cual se guía el legislador como observa muy bien el Tribunal de Casación de Turín, para distinguir el árbol de alto tronco del de tronco bajo, se funda en la altura á que de ordinario llega dada su naturaleza; como el legislador no se preocupa de lo que alguna vez suele ocurrir, así, si un árbol comprendido por la ley entre los de tronco bajo, alcanza, por circunstancias especiales y condiciones del suelo, una altura notable, este accidente no autoriza al intérprete á quitar su eficacia á la disposición legislativa que ha comprendido el árbol entre los de tronco bajo.

Así como no pueden tenerse en cuenta las circunstancias especiales para asignar al árbol una categoría distinta de aquella en que el legislador ha querido comprenderlo, tampoco se puede tener presente el hecho del hombre encaminado á modificar la indole del árbol; en su virtud, si se planta un árbol de tronco alto á menor distancia de la legal, no puede, quien lo ha plantado pretender mantenerlo allí, obligándose á conservarlo bajo mediante cortas periódicas (1).

432 *bis*. Si un árbol aunque esté plantado á distancia legal llega con su tronco á ocupar el predio vecino, ¿debe el propietario de éste tolerar la ocupación? Sostiene que sí Laurent, fundándose en que el plantar á distancia es un hecho legal y los efectos producidos de

---

(1) V. Cas. Turín. cit.

conformidad con la ley, deben mantenerse (1). Creemos que este razonamiento tendría valor si el vecino pretendiese que el árbol se cortase, pero no puede tener ningún valor, cuando se limita á exigir que sea cortada sólo la parte que ha de ocupar su propiedad. Si el vecino, á pesar de que el árbol esté plantado á distancia legal, puede pedir que se corten las ramas que se extienden sobre su predio, y puede cortar las raíces que han invadido el subsuelo, ¿por qué el hecho legal de la plantación deberá impedirle pedir que sea cortada la parte de tronco que ha ocupado su predio?

El legislador, cuando se ha plantado á distancia legal, asegura á quien ha plantado el derecho de conservar su árbol sea cual fuere la distancia que una vez desenvuelto existe entre la superficie del tronco y el predio vecino; pero no puede haber querido el derecho de ocupar la propiedad ajena, ya porque ésta es inviolable, ya porque la prescripción de la ley relativa á las distancias se encamina precisamente á asegurar el respeto á la propiedad ajena. De conformidad con estos principios, el Tribunal de Casación de Turín ha decidido que plantado un árbol á menor distancia de la legal, se puede adquirir por derecho de prescripción el conservarlo, pero no el de ocupar con el tronco la propiedad vecina (2).

432 *ter.* La distancia debe observarse lo mismo cuando los árboles se plantan que cuando germinan espontáneamente; porque aun cuando el artículo que examinamos prohíbe plantar, sin embargo, equivale al hecho de la plantación, el de cultivar plantas nacidas espontáneamente á menor distancia de la legal.

---

(1) *Princip.*, VIII, p. 15

(2) *Sent.* 13 Sept. 1832.

Por otro lado, ya se planten los árboles, ó ya nazcan espontáneamente por efecto de semillas caídas casualmente en el suelo, en uno y otro caso los efectos dañosos que pueden producirse á la propiedad vecina son idénticos y se les debe aplicar la misma disposición legal. De conformidad con estos principios, el art. 581 dispone que el vecino pueda exigir que se destuyan los árboles y los setos que se planten ó nazcan á menor distancia de la que la ley determina.

Para que la distancia se mantenga constante, es necesario que se mida desde el centro del árbol á la línea divisoria, porque el centro se mantiene siempre en el mismo punto. Si, en efecto, se tomase como uno de los dos puntos extremos de la línea de distancia, la superficie exterior del tronco que mira hacia el predio vecino, resultaría el inconveniente de tener que retirar el árbol á medida que su tronco crece si se había de mantener siempre la misma distancia que la ley señala.

Las distancias legales deben respetarse siempre en las plantaciones, sea cual fuere la naturaleza del predio vecino; por ejemplo, un bosque, canal ó camino (art. 580). Aun cuando el vecino hubiera edificado en la línea divisoria de su propiedad, también se debe mantener la distancia, porque la última parte del artículo 579 sólo levanta la prohibición de la distancia cuando el predio esté separado del vecino con una pared propia ó medianera, y cuando las plantas se conserven de modo que su altura no exceda de la de dicho muro; de donde resulta que la prohibición adquiere su vigor cuando la pared divisoria pertenezca exclusivamente al vecino.

433. Del precepto impuesto por la ley para obser-

var determinadas distancias en las plantaciones, ¿puede inducirse la presunción legal de que el espacio de tres metros, de metro y medio, de dos ó de medio metro, según los casos, pertenece al propietario del predio en que las plantaciones se hicieren?

La presunción legal no puede establecerse por el juez, sino por la ley, pues de otro modo no sería una presunción legal.

Ahora bien, la ley no establece en manera alguna semejante presunción; no hay pues, tal presunción legal. En su virtud, el espacio existente más allá de los árboles, y que representa la distancia que se ha debido observar al plantarlos, está sometida á las disposiciones generales del derecho por lo que se refiere á la prueba del dominio. Porque si de un lado puede suponerse que quien ha plantado ha hecho la plantación á distancia legal del límite, puede por otro suponerse que el vecino haya, por relaciones de buena vecindad, tolerado que los árboles se plantasen en la divisoria ó á distancia menor de la legal; estas dos suposiciones contrarias se destruyen, y por tal motivo, quien se afirma propietario del espacio que representa la distancia exigida por la ley, debe probarlo.

Sin embargo, si con relación á este espacio no puede hacerse valer una presunción legal de propiedad, puede el juez servirse de él como de un indicio que unido á otros puede hacer prueba suficiente á favor de aquel á quien los árboles pertenezcan.

434. Se puede por prescripción adquirir el derecho de conservar los árboles á menos distancia de la legal cuando durante treinta años el propietario del predio vecino haya tolerado su existencia sin pedir que fuesen cortados. Pero quien ha adquirido por prescripción el derecho de conservar los árboles por

él plantados á menor distancia de la legal, ¿ha adquirido también el derecho de plantar nuevos árboles ó de sustituir con otros aquéllos que con el tiempo están llamados á desaparecer?

Para responder á esta pregunta es preciso tener en cuenta los principios que más arriba hemos expuesto (núm. 431). La obligación de plantar á distancia legal no es más que una servidumbre impuesta á cargo del predio sobre el cual los árboles se plantan y á beneficio del predio vecino. Aquel, pues, que pueda hacer valer la prescripción para conservar los árboles en el sitio en que los plantó ó en el cual nacieron, no alega una prescripción adquisitiva sino extintiva, en el sentido que mediante ella se ha librado de la obligación de tener que cortar las plantas del sitio más cercano al vecino. Siendo la prescripción extintiva, no puede invocarse para demostrar la adquisición de un derecho. Una cosa es sustraerse á la obligación de cortar las plantas existentes, y otra ejecutar á la misma distancia nuevas plantaciones aun cuando estén destinadas á sustituir á las primeras. Se comprende, pues, fácilmente, que quien puede rechazar la demanda del vecino para remover los árboles existentes, no puede decirse que haya adquirido con esto el derecho de plantar nuevos árboles, respecto de los cuales la prescripción invocada no puede tener efecto alguno.

Nótese además que los árboles respecto de los cuales puede hacerse valer la prescripción indicada, deben mantenerse para el porvenir en el mismo estado en que estaban en los tiempos anteriores, conforme al principio *quantum possessum tantum prescriptum*. Por donde si los árboles se hubieran tenido extendidos cortándolos continuamente á una cierta altura, no pueden en adelante conservarse en esta forma de cul

tivo y no en otra que implique mayor altura (1).

El tiempo necesario para cumplir la prescripción empieza á discurrir desde el día en que las plantaciones se hicieron, porque desde aquel día podía el propietario vecino ejercitar el derecho de hacerlas arrancar, y por eso desde aquel día comienza su tolerancia ó tácita aquiescencia.

Se ha considerado que tratándose de plantas puestas en calle, deben considerarse en conjunto y no aisladamente, pudiendo así adquirirse mediante la prescripción el derecho de conservar la calle á menor distancia de la legal, y sustituir con nuevos árboles los que pereciesen.

Esta doctrina no me parece aceptable. Se trata en este caso, como ya hemos notado, de prescripción liberatoria ó extintiva y no adquisitiva; ¿cómo, pues, ha de poder adquirirse por prescripción el derecho de sustituir los árboles que hubieren perecido. Se advierte en contra que la calle se considera como una cosa única, no en los diferentes árboles que la componen. No discutimos que en la inteligencia y no en el fin de quien ha platado la calle, puede ésta considerarse como un solo todo; pero para admitir el principio de que las disposiciones legales en materia de árboles no son aplicables al caso de árboles puestos en calles, es necesario demostrar que el legislador considera también la calle como unidad colectiva é indivisible en sus partes.

Mas ¿de qué texto puede deducirse que el legislador considera de este modo la calle? Faltando la disposición legislativa que haga á los árboles que consti-

---

(1) Cons. Cas. Turín, 14 Jun. 1875.

tuyen calle de una condición mejor que la hecha á los árboles aisladamente tomados ¿puede crearla el intérprete poniéndose en el lugar del legislador? Y no debe olvidarse una observación que en este caso nos parece decisiva. Las disposiciones legales en esta materia en que nos ocupamos, están dictadas en interés general de la agricultura. Ahora bien; si aquel que ha plantado sin observar la distancia legal árboles con el objeto de mejorar el cultivo del predio, no adquiere por efecto de la prescripción el derecho de sustituir los árboles que perezcan, ¿puede considerarse conforme con el espíritu de la ley que este derecho se adquiere por aquel que ha plantado la calle por puro recreo? La condición de quien trata de procurarse un placer, ¿puede ser más ventajosa que la de aquel que no busca el deleite sino la utilidad mejorando el cultivo del propio predio?

435. Estén ó no los árboles plantados á distancia legal aquellos cuyas ramas se extienden sobre el predio, el dueño de éste puede obligar al propietario de las plantaciones á cortarlas y puede el mismo cortar las raíces que se introduzcan en su predio, salvo, sin embargo, en ambos casos, los reglamentos y los usos locales en cuanto á los olivos (art. 582). Trátase aquí de una consecuencia del derecho de propiedad, ya que nadie puede introducirse en el predio ajeno contra el consentimiento del propietario.

Debe advertirse que la ley faculta para cortar las raíces al propietario del predio por el cual se introducen, pero no le consiente cortar las ramas que se extienden sobre su propiedad, dándole en cambio el derecho de obligar al vecino á cortarlas, todo porque si el corte de las ramas se hace mal puede perjudicar á la planta: de ahí la conveniencia de que el vecino mis-

mo proceda á verificarlo del modo más adecuado para evitar algún daño á los árboles mismos.

Puede adquirirse por prescripción el derecho á tener las ramas de los árboles existentes sobre el predio del vecino, cuando desde el día en que las ramas comenzaron á extenderse sobre dicho predio hayan transcurrido treinta años sin que el propietario del mismo hubiera pedido que se cortasen (1). Pero no creemos que por prescripción pueda adquirirse el derecho de tener las raíces en el suelo ajeno, porque el extenderse de las mismas en el predio vecino no es un hecho público y notorio. El propietario de éste puede ignorar su existencia, y las raíces pueden encontrarse á una profundidad tal á la cual nunca haya llegado aquél con sus trabajos ordinarios. Ahora bien; no puede hablarse de tolerancia ó tácita aquiescencia con relación á un hecho cuya existencia no es visible; así, pues, no puede verificarse, en el caso de que hablamos, ninguna clase de prescripción.

¿Puede por el destino del padre de familia adquirirse el derecho de tener las ramas de los árboles sobre el predio vecino? No ponemos en duda la afirmativa, porque cuando el padre de familia ha plantado lo habrá hecho con la intención de conservar sus plantaciones íntegras y no mutiladas, no pudiendo suponer-

---

(1) Ha sentenciado en sentido contrario el Trib. de Cas. de Turín, 15 de Sept. 1882, porque el continuo crecer de las ramas no permite precisar el momento en que sea posible que el vecino se queje y desde el cual, por tanto, comienza el curso de la prescripción, creemos que si el continuo crecer las ramas hacen difícil precisar el momento en que el vecino podía quejarse, no hace, sin embargo, imposible la prueba. Así, pues, si ésta la da no hay razón para estimar que la prescripción no ha comenzado á correr.

---

se que las haya plantado para cortar luego las ramas de sus árboles. Realmente, el extenderse de las ramas implica destino del padre de familia, y en su virtud puede constituir servidumbre á cargo del predio vecino, si éste deja de pertenecer al mismo propietario que hubiera hecho las plantaciones.

Aun cuando las ramas se extiendan sobre el predio vecino, el propietario del árbol conserva el derecho sobre los frutos que llevan las mismas, y el dueño del predio vecino mientras tolere que dichas ramas se extiendan sobre su propiedad, debe tolerar también que se entre en su predio para coger los frutos, ya estén pendientes de las ramas mismas, ya hayan caído en tierra.

---

## CAPITULO X

### DE LAS SERVIDUMBRES QUE PUEDEN ESTABLECERSE POR HECHO DEL HOMBRE

**SUMARIO:** 436 Por el hecho del hombre puede constituirse toda servidumbre. Cuando no sea contraria al orden público. Cuando la servidumbre pueda con el tiempo ser contraria al orden público.—437. La servidumbre de toma de agua por medio de canal es continua. Diversos aspectos bajo los cuales el legislador considera esta servidumbre.—438. Toma de agua constituida por determinada cantidad y determinando la forma de la derivación. No se admite reclamación contra la forma convenida. Excepción á este principio. Construcción de una nueva forma de derivación en algunos casos excepcionales. Si se debe atender en este caso al título ó á dicha forma preexistente.—439. Falta de determinación de la derivación. Posesión quinquenal. Falta de esta posesión. Intervención de la autoridad judicial.—440. Derecho de toma de agua para necesidades especiales sin determinación de calidad. Criterios para establecer en este caso la cantidad de agua á que se tiene derecho.—441. *Quid* si en la concesión de agua para un uso determinado se hubiera establecido la forma de la derivación ó se verificase con relación á la misma la posesión quinquenal. *Quid* si se hubiere ejercitado la toma de agua por más de treinta años libremente.—443. Toma de agua continua. Cuándo se considera tal. Toma de agua con intervalos de estaciones, días y horas.—443 Distribución por turno. Primer usuante.—443 *bis*. Aguas que provienen ó se infiltran por los canales sujetos á distribución. Quién tiene de-

---

recho á servirse de ellas. Cambio de turno entre los que usan las aguas. Agua empleada como fuerza motriz.

436. Las servidumbres no sólo se imponen por la ley sino que pueden imponerse también por los particulares, cuando la imposición se haga sobre un predio y á beneficio de otro predio, y no sean, en manera alguna, contrarias al orden público (art. 616).

La ley no reconoce servidumbres personales y no quiere que los particulares puedan imponerlas. Pueden éstos tan sólo constituir servidumbres prediales estén ó no comprendidas en el número de las servidumbres legales. Pero el derecho de los particulares para imponer las servidumbres, recibe una limitación en interés público en cuanto no pueden constituirse servidumbres contrarias al orden público. Las servidumbres pueden ser contrarias al orden público, ya porque esté prohibida por la ley ó por los reglamentos locales, ya porque sea contraria á las disposiciones dictadas por el legislador en interés general de la propiedad, lo cual ocurre cuando impliquen un vínculo no compatible con el concepto de la propiedad y los atributos esenciales de la misma.

Puede acaecer que una servidumbre lícita y permitida en el momento en que se constituye resulte luego contraria al orden público; en ese caso se extingue de derecho, no pudiendo impedirlo ninguna convención contraria. Supongamos que en mi jardín, situado en una gran ciudad, hubiera impuesto la servidumbre de no edificar en beneficio del palacio que mira hacia él; si luego, por decisión de la autoridad pública, se ordena que los solares se edifiquen, cesa inmediatamente la prohibición *altius non tollendi* con relación á mi jardín, y yo puedo edificar en él, salvas las indemni-

zaciones debidas al propietario del edificio en cuyo beneficio existía la servidumbre.

Entre las múltiples servidumbres que pueden constituirse por hecho del hombre, la ley no se ocupa especialmente más que de la relativa á la toma de agua por medio de canal ó de otra obra visible ó permanente, quizá en vista del gran interés que de lamisma puede resultar para la agricultura y para las industrias.

437. Comienza la ley por declarar que esta servidumbre se comprende entre las continuas y las aparentes, aunque la toma se ejecute con intervalos de tiempo ó por turnos de días y de horas (art. 619).

Realmente no era necesario que el legislador hiciera semejante declaración. De la definición que el mismo da de las servidumbres continuas y aparentes, resulta que la indicada en el art. 619 debe comprenderse entre ellas; pero como esta servidumbre es de mucha importancia, según se ha notado, consideramos que el legislador ha querido declararlo expresamente para evitar toda duda á este propósito.

La servidumbre que examinamos se considera por el legislador bajo varios aspectos, á saber: con relación á una cantidad constante y determinada de agua, con relación al agua concedida por un determinado servicio sin fijar la cantidad y con relación al tiempo en que la toma de agua puede ejercitarse.

Seguiremos en nuestro examen el plan mismo de la ley.

438. El art. 620 que regula la servidumbre de toma de agua constituida en una determinada cantidad, considera tres hipótesis: la primera de ellas es aquella en que se hubiere convenido la forma del orificio y del aparato de derivación. Se prescribe en este caso que debe conservarse dicha forma sin que pueda impug-

narse por las partes bajo pretexto de exceso ó de falta de agua.

Para comprender esta disposición es preciso advertir que la ley supone la existencia de dos canales, el uno llamado de distribución y el otro de derivación. Es de distribución el canal en que se introduce el agua directamente, desde la fuente ó del río ó arroyo del cual se toma, para hacerla luego servir á las diversas necesidades que puede satisfacer; y es canal de derivación aquel mediante el cual cada uno de los que usan el agua, la deriva del canal de distribución para conducirla á su predio, á su casa ó á su fábrica.

Dado esto, si yo hubiera adquirido del propietario del canal de distribución, el derecho de derivar mil litros de agua por día, ó por los días de los cuales, según lo convenido, puedo usarla, y al mismo tiempo se hubiere determinado, de común acuerdo, la forma del orificio ó aparato para derivar el agua, tal forma debe mantenerse, aun cuando por la misma se derive una cantidad mayor ó menor de agua de la convenida. Como fácilmente se comprende, se separa de los principios generales de la razón, porque, consistiendo la esencia del contrato en una cantidad bien determinada de agua, la forma del orificio de derivación sólo se establece en cuanto responde á la intención de las partes, por lo que, ocurriendo lo contrario, deberá poder corregírsela.

Consideramos, sin embargo, que la disposición excepcional que se trata está suficientemente justificada por el interés que tiene el legislador patrio de evitar litigios tan difíciles y peligrosos, por las dificultades que presenta la materia misma objeto de la controversia.

Si el orificio convenido no responde al objeto y fuese impropio para su servicio, no se puede negar el dere-

cho de reclamación, porque el negar semejante derecho equivaldría á quitar el agua á quien tiene derecho, y el legislador no ha podido querer semejante absurdo.

Admite, además, el artículo citado, que el orificio puede ser modificado por variantes hechas en el canal ó en la corriente de las aguas que por él pasen. De donde se infiere que la prohibición de impugnar la forma del orificio de derivación está subordinada á la condición *rebus sit estantibus*. En efecto; mientras las cosas estén como están, puede estimarse que quien ha convenido un modo dado de la derivación de las aguas, ha convenido tontamente en dar ó en recibir la cantidad que dicho modo puede suministrar en el momento en que la convención se ha efectuado; pero alterado el estado de las cosas, desaparece el supuesto elemento consensual, y cesa, por tanto, la prohibición que en éste se fundaba.

Dado, pues, el derecho de variar la forma del orificio, la nueva toma de agua ¿deberá establecerse, teniendo en cuenta la convención ó atendiendo á la forma preexistente? Supongamos, para mejor inteligencia, que yo tengo derecho á mil litros de agua, mientras la forma del orificio convenida sólo me da novecientos: el nuevo orificio ¿deberá construirse de modo que corresponda á los mil litros convenidos ó á los novecientos que en realidad producía? Ya hemos dicho que la prohibición de alterar el artefacto derivador del agua constituye una excepción al derecho común; en su virtud, no puede ampliarse á más casos que los previstos en la ley. Ahora bien; si la prohibición cesa por las variantes verificadas, readquieren su vigor las disposiciones legales comunes, por lo que para determinar la nueva derivación se debe tener en cuenta el contrato.

En cuanto á los gastos necesarios para construir el nuevo orificio corren á cargo del que usa el agua, si las variaciones hubieran ocurrido por caso fortuito ó si se hubiesen ejecutado con el objeto de conservar el canal que amenazase ruina; porque lo que se deriva de la necesidad ó de la fuerza mayor debe correr á cargo del perjudicado. Si, por el contrario, las variantes se se hicieran por así convenir al propietario ó á un tercero, en ese caso, como nadie puede perjudicar á otro con su hecho, los gastos deben ponerse á cargo de los mismos.

439. La segunda hipótesis se presenta cuando no se hubiese convenido el orificio del aparato de distribución. En este caso, si hubiese sido construido y se hubiera poseído pacíficamente durante cinco años, no puede ser impugnado, salvo el caso de las variaciones introducidas en el canal de distribución ó en el curso del agua á las que nos hemos referido en el párrafo anterior.

La posesión pacífica de cinco años se equipara en el caso presente por el legislador con el contrato, en el cual se determina la forma del orificio de derivación, atribuyéndole así los mismos efectos legales que á este último.

Antes, sin embargo, de que el quinquenio transcurra, pueden los usuarios y el propietario del canal de distribución pedir que la forma del edificio se varíe á fin de que responda á la cantidad de agua que se ha querido conceder; en tal hipótesis, que es la tercera y última de las previstas por el art. 620, corresponde á la autoridad judicial determinar la forma que ha de darse al orificio en cuestión. Puede acudirse también á la autoridad judicial para fijar la forma del artefacto de derivación que haya de construirse cuando éste no

se haya fijado por convenio; porque la falta de la posesión pacífica de los cinco años, que, según el artículo citado, constituye una de las condiciones para poder acudir ante el magistrado, se verifica, tanto en el caso en que el artefacto exista y la posesión no dure cinco años, cuanto en el de que no haya sido construido y no se haya por esto poseído.

Aun después de establecida la forma del orificio de derivación por el magistrado, puede variarse la misma por haber ocurrido cambios en el canal ó en el curso de agua, porque en esta tercera hipótesis concurren las mismas razones por las cuales tal demanda se admite en las otras dos.

¿A cargo de quién correrán los gastos en las hipótesis indicadas? Si se trata de cambiar un aparato existente, está obligado quien lo construye á ponerlo en condiciones tales, que respondan perfectamente á lo convenido. Si en cambio se trata de obras que hayan de construirse de nuevo, los gastos gravan sobre quien lo reclama. Estas reglas, sin embargo, pueden sufrir excepción en el caso de que el título constitutivo de la servidumbre disponga otra cosa.

440. Pasemos ahora á hablar de la servidumbre que examinamos bajo su segundo aspecto, esto es, cuando se haya concedido el agua para un servicio determinado y sin fijar cantidad.

El art. 621 dispone en este caso que la cantidad de agua concedida se entiende que es la necesaria para el servicio para que la concesión se ha hecho, y quien tiene interés puede en todo tiempo hacer que se fije la forma de la derivación, de modo que resulte al propio tiempo asegurado el supredicho uso necesario é impedido el exceso.

Cuando una cuestión de este género se presente al

magistrado, debe proponerse á sí propio estas dos cuestiones: Primera, cuál es el uso para el que se ha hecho la concesión del agua. Segunda, cuál es la cantidad de agua necesaria para este uso. La primera cuestión se resuelve con la interpretación de la voluntad de los contratantes, siendo imposible proceder en este caso con criterios establecidos *a priori*, porque es preciso tener en cuenta las expresiones empleadas en la concesión, y las circunstancias en vista de las cuales dicha concesión se ha hecho; estas expresiones y estas circunstancias han de examinarse en todo caso particular sometido al examen del juez, siendo imposible someterlas todas *a priori*. Así, el intérprete no puede formular criterio alguno para fijar, por ejemplo, si el agua concedida para el riego lo ha sido para uno ó varios predios; si concedida el agua para las necesidades de Ticio, se debe comprender entre éstas una fábrica cuya fuerza motriz es el agua. Estas y otras cuestiones han de resolverse en diverso sentido, según resulte de la voluntad manifestada por las partes y de las circunstancias que en cada caso concurren.

*¿Quid juris* en el caso en que el predio, para el cual el agua se ha concedido, experimente alteraciones ó modificaciones, ya sea en su extensión, ya en el género de cultivo? También respecto de esta cuestión opinamos que es preciso, ante todo, tener en cuenta la intención deducida del acto de la constitución de la servidumbre para resolver la contienda en un sentido conforme á la misma.

Cuando falta la voluntad explícita debe recurrirse á la presunta. Supongamos, por ejemplo, que Ticio me ha concedido el agua para el fundo B, el cual se compone de una viña ó bosque en declive y de una llanura en pradería ó cultivada para hortaliza, etc. Si se

me ocurre cortar la viña ó el bosque, nivelar el declive para cultivar cereales, no podré pretender que se me conceda el agua necesaria para este nuevo uso, porque no es presumible que el que la ha concedido tuviese presente esta transformación anormal é inesperada cuando hacía la concesión. Si, en cambio, en el momento de la concesión no todo el predio era regable, pero había en él una parte llana y facilísima de regar una vez puesta en cultivo, este caso se comprende en el número de los fácilmente presumibles, pudiendo considerarse entonces que las partes habían contratado en el supuesto de ser posible ampliar el uso del agua. Del propio modo opinamos que debe comprenderse en la cantidad necesaria, la exigida para regar el terreno de aluvión que insensiblemente se adquiere; porque siendo esto un hecho fácil de prever, puede estimarse virtualmente comprendido en la voluntad del que cabe al agua. Sin embargo, sería preciso decidir la cuestión de otra manera en el caso de que por virtud de una fuerza del momento gran parte del terreno fuera adicionado á aquél para el cual se concede el agua, porque este caso no es fácil de prever y no puede suponerse que las partes lo hayan tenido en cuenta.

Si una parte del terreno por cambio de cultivo ó destino no pudiera ser regada, ó bien si el río hubiere arrancado una parte, el agua debe restringirse á la cantidad actualmente regable del predio, y el concesionario no puede exigir que se les reserve para otros usos toda la cantidad de agua á que primero tiene derecho, porque la servidumbre constituida para un uso ó para un objeto, resultaría agravada si se aplicase á otro uso ó á otro objeto.

La segunda cuestión, á saber, la relativa á la can-

tividad de agua necesaria para el fin para que se ha considerado que se hacía la concesión, se resuelve en una verdadera cuestión técnica, sobre la cual el magistrado no puede decidir sin previo informe de personas competentes en la materia.

441. Aunque el agua se haya concedido para un servicio dado sin fijar la cantidad, puede acaso haberse convenido la forma del orificio ó aparato de derivación, ó bien puede haberse ésta ejercitado pacíficamente por cinco años en una determinada forma. En uno y otro caso, según el art. 621, no se admite reclamación de las partes, salvo cuando ocurriere las variaciones de que hemos hablado en los párrafos anteriores.

¿Cuál es el sentido de las palabras que se leen en el citado artículo, *derivación en una forma determinada*. Suponen la existencia de un orificio ó aparato cualquiera de derivación ó bien se refieren también al caso en que la toma de agua se haya verificado libremente, esto es, sin la existencia de un orificio estable ó determinado por obras ejecutadas al efecto.

La ley supone que la posesión de cinco años se refiere á la derivación del agua en una forma determinada, pero la toma libre no tiene forma alguna determinada porque no hay aparatos ú obras que la constituyan; así, pues, no pueden referirse á la misma las palabras del citado artículo. En su virtud, consideramos que aun cuando desde tiempo inmemorial se haya derivado el agua concedida para determinados servicios sin ningún orificio estable, cualquiera de las partes interesadas tiene derecho á exigir, según dispone la primera parte del artículo que examinamos, que se determine la forma del orificio para asegurar el uso necesario para el servicio del agua é impedir todo ex-

ceso; el uso debe determinarse según el título ó teniendo en cuenta la prescripción si durante treinta años se hubiera tomado una cantidad de agua mayor ó menor que aquella á que se tenía derecho por la concesión, ya que, según el art. 668, el modo de la servidumbre puede ser establecido en virtud de prescripción.

442. La toma de agua puede ser continua ó con intervalos. Cuando es continua, el derecho á ella puede ejercitarse en todos los momentos (art. 623). Debe advertirse que la continuidad de la toma de agua se refiere al derecho que se tiene á usar de ella, no al uso de hecho del agua misma. Supongamos que yo he adquirido el derecho de derivar del canal de distribución mil litros de agua al día. Puedo ejercitar este derecho en cualquier hora del día, y puedo emplear todo el día ó parte de él para agotar la toma de toda el agua que me corresponde; pero si el agua no corre continuamente por el canal de distribución, sino que corre de una manera intermitente, ó bien en unas estaciones del año sí, y otras no, la toma de agua no cesa de ser continua porque el derecho que yo tengo á derivarla es continuo, y si yo no puedo ejercerlo continuamente, depende, no de las condiciones del derecho mismo, sino de la falta de objeto sobre que ejercitarlo.

El derecho de toma de agua por intervalos puede subsistir tanto con relación á algunas estaciones, como con respecto á algunos días, noches y horas del día y de la noche. Si se tiene derecho á tomar el agua en las estaciones invernales, este derecho se ejercita desde el 21 de Setiembre hasta el 20 de Marzo, y si el derecho se refiere á las estaciones estivales, el derecho se ejercita desde el 21 de Marzo á 20 de Septiembre. Si

el agua se hubiera concedido sólo por el día ó por la noche, sólo debe entenderse por día de sol á sol, y por noche desde que el sol se oculta hasta que el sol nace (art. 624).

El mismo artículo dispone que si el uso del agua se hubiere concedido en los días festivos, se debe atender á los días que eran festivos en el tiempo en que la servidumbre se ha concedido ó estipulado, ó bien con relación á los que había cuando se hubiera comenzado á poseer en el supuesto de que el derecho á la toma de agua se hubiera adquirido en virtud de prescripción. Suponiendo que yo haya concedido á Ticio para los días festivos sólo el agua que sirve para mover mi fábrica, para que pueda regar su predio, Ticio tendrá derecho á servirse del agua en aquellos días que eran festivos en la época de la concesión, aun cuando posteriormente hubieran dejado de serlo. Adviértase, sin embargo, que la ley no dispone esto sino en el caso en que falte el convenio de las partes; si, pues, de esto pudiera deducirse implícitamente ó de una manera expresa cuál ha sido la intención del que cede el agua ó de los contratantes respecto á los cambios que pudieran experimentar en lo sucesivo los días festivos, debe citarse á esta presunta ó explícita voluntad ó antes que á lo que dispone la ley.

Supongamos, por ejemplo, que la concesión del agua se había hecho precisamente porque el propietario del edificio no podía hacer uso de ella en los días festivos, y se hubieran indicado estos como aquellos días en que el propietario no podía emplear su agua; en este caso puede suponerse racionalmente que la intención del que la cede no ha sido el de dar el agua en los días *a* y *b* festivos entonces, sino en aquellos en que por causa de la fiesta no podía usarla; así, si luego las fiestas

aumentan ó disminuyen, aumentará ó disminuirá el derecho del concesionario.

Publicado como está el calendario del Estado, las fiestas se determinan por éste, no por el eclesiástico.

443. Tenemos otra especie del derecho de toma de agua por intervalos, cuando la distribución se haya hecho por turno ó votación; en este caso el tiempo que emplea el agua para llegar desde la toma del canal de distribución al orificio del de derivación del que la usa, se consume á su cargo, y el sobrante del agua pertenece á aquel cuyo turno cesa (art. 625).

«Dos disposiciones, como dice muy bien el Tribunal de Casación de Turín (1), se contienen en este artículo. Por la primera se prohíbe que, con el pretexto de resarcirse del tiempo empleado por el agua para llegar al orificio de derivación, pueda el que la usa aprovecharse de ella durante un período igual con daño de las que la usen ulteriormente. Bajo la denominación de sobrante ó residuo de agua á que se refiere la segunda disposición, se entiende aquella agua muerta que después de terminado el período de la distribución y cortada la comunicación del canal del cual se deriva, con el canal distribuidor, se encuentra en éste, y siguiendo el declive del mismo, va obedeciendo á la ley natural hacia abajo hasta que el canal quede en seco. Este sobrante ó residuo de agua no puede haberlo sino después que haya cesado la distribución de turno, y la ley, al disponer que pertenece al usuario que acaba de terminar el turno, viene en sustancia á atribuirle al último que la usa, que cierra el período de la distribución, y que en el momento en que el residuo existe se encuentra que es el usuario cuyo turno cesa.»

---

(1) Sent. 31 Marzo 1875.

La disposición del artículo que examinamos en la última parte indicada, supone el caso de que el goce corresponda en primer lugar al que está más cercano á la toma de agua del canal de distribución, y así los siguientes. Pero, *¿quid juris* si el turno estuviere regulado al revés, de suerte que los primeros en gozar del agua sean los propietarios de los bienes más distantes de la toma de agua del canal de distribución, y los últimos los menos distantes? En tal hipótesis, suponemos que el residuo de agua especial comprendido entre el orificio del canal de derivación del segundo usuario, y el del canal de derivación del primero pertenece á este último, porque no pudiendo el agua volver hacia atrás, resultaría de otro modo perdida. Por tanto, cuando se trate del residuo de agua perdida entre el orificio de distribución del segundo ó tercero de los que la usan, ó del tercero y del cuarto, y así sucesivamente, pertenece también á aquel cuya distribución hubiere cesado, no habiendo razón para pedirle en beneficio del primero que la use, ya que ha gozado de su especial residuo de agua (1).

443 *bis*. En los canales sujetos á distribución por turno, las aguas que rezumen ó se marchen, pero que están contenidas en el lecho del canal, no podrán detenerse ni desviarse por quien sobre ellas tenga derecho sino en el momento de su turno (art. 626). Este artículo se refiere al caso en que otras aguas, además de aquellas para las cuales el canal se ha construido, entran en él; lo cual puede verificarse de dos maneras: ó bien brotando directamente en el canal, ó bien infiltrándose en él aguas contenidas ó recogidas de otro sitio, ó aunque sean de lluvia: pero ¿quién puede

---

(1) Cons. Sent. Cas. Turín antes citada.

servirse de estas aguas? Supongamos que una fuente penetra en el canal: mientras éste pase por mi fundo, ¿tengo yo derecho á servirme de ella? No, dice el texto que examinamos; sólo puedo usar de ella durante el tiempo de mi turno, correspondiendo á los demás su uso durante el turno respectivo. El agua que penetra ó se filtra en el canal se confunde con la que por él discurre, viniendo á constituir de este modo una sola agua, de suerte que pertenece á todos aquellos á quienes corresponde el canal con el agua que contiene.

Las diversas personas que usan de un canal, ¿pueden permutar ó cambiar su turno? Pueden hacerlo, dice el art. 627, siempre que el cambio no cause perjuicio á los demás. Hay daño siempre que ocurre, por virtud del cambio, algún retraso para las demás personas que usan el agua, en cuyo caso pueden oponerse.

Quien tiene derecho á servirse del agua como fuerza motriz, dispone el art. 628, no puede, sin una expresa disposición del título, impedir ó retrasar su curso, ocasionando detención ó derrame. El artículo supone que otros hayan adquirido el derecho de servirse del agua como fuerza motriz, y en ese caso no se puede impedir ó retrasar su curso, ya porque la servidumbre no puede ser agravada durante su ejercicio, ya porque la detención ó derrame del agua puede ser perjudicial á los otros que tienen el derecho de servirse de la misma agua.

---

## CAPITULO XI

### CÓMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES POR HECHO DEL HOMBRE

**SUMARIO:** 444. Las servidumbres que no son continuas y aparentes no pueden adquirirse más que mediante título. Qué se entiende por título. El título se exige también respecto de la modalidad de la servidumbre.—445. Falta de título. Documento de reconocimiento. Si este documento implica excepción al derecho común regulador de las pruebas. De quién debe provenir el documento de reconocimiento. No puede exigirse. Si á falta de título ó de acta de reconocimiento se puede deferir el interrogatorio ó el juramento.—446. Quién tiene derecho á imponer una servidumbre.—447. Quién tiene derecho á adquirir una servidumbre activa en favor del predio.—448. Qué servidumbres pueden adquirirse por prescripción. Tiempo necesario para el cumplimiento de ésta. Si puede cumplirse con los diez años de la prescripción constitutiva de la servidumbre. *Quid* respecto de las servidumbres adquiridas antes de la publicación del Código.—449. Si la posesión relativa á la servidumbre que se quiere adquirir por la prescripción debe ser ejercitada por el propietario del predio dominante.—450. Desde cuándo comienza á correr la prescripción adquisitiva de la servidumbre.—451. Servidumbre negativa. Cuándo comienza á correr la prescripción. Cómo se concilia el art. 630 con el 631. Es preciso tener en cuenta una excepción con respecto á las servidumbres negativas cuando hubiere habido acto de prohibición.—451 bis. Adquisición por prescripción de la servidumbre activa de desagüe. Condiciones que exige.—452. Destino del padre de familia. Pueden con la misma adquirirse las servidumbres que son á un tiempo continuas y aparentes.—453. Condiciones requeridas para que la servidumbre pueda considerarse es-

tablecida de esta manera —454. Pruebas relativas al destino del padre de familia. Pruebas de que poseía como propietario ambos predios.—454 *bis*. A qué ley se debe atender para decidir si la servidumbre puede considerarse establecida de la manera que indicamos.—455. Si la servidumbre adquirida por prescripción ó por el destino del padre de familia debe ser inscrita para que produzca efecto contra terceros.

444. Las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, no pueden establecerse sino mediante título. La posesión, aunque sea inmemorial, no basta (art. 630).

El título constitutivo de la servidumbre no puede ser más que un documento (art. 1.314) en el cual, por acto intervivos ó de última voluntad, la servidumbre haya sido impuesta (1). Debe referirse á la parte que lo alega ó á sus autores (2), y contener todos los requisitos propios del documento, con el cual la servidumbre se ha concedido; así, si la misma fuere objeto de una donación, de un testamento, etc., y éstos fuesen nulos por vicios de forma, el título no puede considerarse eficaz para constituir la servidumbre.

El título que se presenta para establecer la servidumbre, debe contener expresamente la constitución de la misma, no siendo lícito al magistrado crear, con el auxilio de simples presunciones, un pacto de servidumbre que no resulte del documento exhibido; porque las presunciones *hominis*, si á veces pueden explicar por vía de interpretación una cláusula dudosa del documento, no pueden invocarse para cambiar sus disposiciones textuales. El documento, además, debe con-

---

(1) Cons. á este propósito Sent. Trib. Apel. Turín 4 Marzo 1871. (*An. V. 2. 438.*)

(2) Cons. Sent. Trib. Apel. Bolonia, 5 Mayo 1883. (*Racc. XXXV. II. 345.*)

tener no sólo la constitución de la servidumbre, sino también el modo especial con el cual se pretende ejercitarla, porque el modo constituye una manera de gravamen, y por ello no puede adquirirse sino como la servidumbre se adquiere (1). Y no puede ponerse como obstáculo el art. 668 del Código, según el cual el modo de la servidumbre prescribe como la misma servidumbre prescribe, porque se refiere sólo á las servidumbres que puedan adquirirse por vía de prescripción, y respecto de las cuales es lógico que el modo, que constituye un accesorio, se adquiere, por prescripción, ya que por prescripción se adquiere lo principal á que el modo se refiere.

El destino del padre de familia no puede ponerse en lugar del título, porque la ley distingue entre uno y otro (2).

445. La falta de título, cuando fuese necesario para la adquisición de la servidumbre, no puede suplirse más que por medio de un documento, que habrá de reunir dos condiciones: que contenga el reconocimiento de la servidumbre y que provenga del propietario del predio sirviente (art. 634).

El legislador ha querido con este artículo crear una excepción especial con respecto á la prueba con que pueden demostrarse las servidumbres que necesitan título. Y no vale en contrario que la ley ha querido con el artículo citado establecer tan solo, cuáles deben ser los requisitos del reconocimiento escrito, y no que éste deba ser la única prueba cuando no hay posibilidad de producir el título constitutivo de la servidum-

---

(1) Cons. á este propósito Sent. Trib. Cas. Turín 28 Enero 1874 (*Racc.* XX, t. V, t. 764).

(2) Ap. Casale, 14 Abril 1878.

bre (1). Semejante interpretación está en contradicción con el texto del artículo citado, toda vez que se lee, que la falta de título constitutivo de la servidumbre, no puede suplirse más que con el acto de reconocimiento, palabras estas que claramente demuestran que el legislador no admite otra prueba, á falta de título, que la que se deriva del acto de reconocimiento. Esto aparte de que hubiera sido pueril que el legislador hubiera dictado un artículo especial, para decir los requisitos que deben acompañar al acto de reconocimiento, ya que estos se derivan de la aplicación de los principios generales del derecho.

No hay, pues, más que dos modos de probar en juicio la existencia de las servidumbres designadas en el art. 630: la exhibición del título constitutivo, ó la exhibición del acto de reconocimiento cuando aquél no pueda producirse, por haber sido destruido ó haber desaparecido, etc.; por todo lo cual es aquí, en este caso, inaplicable lo dispuesto en el art. 1.348, que autoriza á recurrir á la prueba de testigos, cuando el acreedor ha perdido el documento que le servía de prueba á consecuencia de un caso fortuito derivado de fuerza mayor, porque la disposición especial excepcional del art. 634 deroga toda otra disposición jurídica.

Pero á falta de título ó del acto de reconocimiento ¿se podrá recurrir en el juicio á la prueba por medio de interrogatorios ó á la delación del juramento decisivo? Nos decidimos por la negativa, porque el interrogatorio y el juramento no pueden deferirse más que para demostrar la existencia de hechos materiales, y nunca para que éstos sirvan para crear una

---

(1) Cas. Nápoles, 18 Feb. 1873; Cas. Florencia 24 Jul. 1876.

convención—que tal es un acto de reconocimiento—la cual debe ser anterior al juicio, que de otro modo no tendría fundamento. En una palabra; las respuestas á los interrogatorios ó al juramento deberían ocupar, en el concepto de quienes sostienen una opinión contraria á la nuestra, el lugar del reconocimiento escrito que exige la ley; no deberían, pues, ser la prueba de un reconocimiento hecho, porque semejante prueba, según el espíritu y el texto de la ley, debe ser preconstituida con relación al juicio, sino que deberán contener el reconocimiento mismo. Ahora bien; es evidente que no se puede diferir el interrogatorio ó el juramento, para imponer al que conteste el que haga acto de reconocimiento de la servidumbre que se pretenda.

El acto de reconocimiento debe hacerse espontáneamente por el propietario del predio sirviente, no pudiendo exigirlo el propietario del predio dominante, toda vez que lo que dispone el art. 2.136 del Código, referente al deudor de una renta, no puede ampliarse al propietario del predio sirviente. Si por el cambio de condición de los lugares ó de las cosas, no puede el propietario del predio dominante ejercitar la servidumbre, tampoco en este caso puede exigir un acto de reconocimiento del propietario del predio sirviente, con el objeto de impedir la prescripción por el no ejercicio, y conservar así el derecho para ejercitarlo cuando las cosas volvieren al estado primitivo; porque es un principio que *contra non valentem agere non currit praescriptio*, y no pudiendo transcurrir la prescripción en este caso, no hay necesidad de un acto de reconocimiento para detener su curso.

El art. 634 no habla de las sentencias, toda vez que éstas son declarativas y no para atribuir derechos. Por otro lado, cuando la existencia de la servidum-

bre resulte establecida por sentencia firme, no hace falta presentar el título ó el reconocimiento, basta hacer que la sentencia se ejecute (1).

446. El derecho de imponer la servidumbre sobre un predio pertenece exclusivamente al propietario, el cual puede también imponerla cuando el predio esté dado en usufructo, siempre que no se perjudique el derecho del usufructuario, ó se obtuviera el consentimiento de éste, cuando hubiese perjuicio (art. 635). Si la concesión se hubiese hecho por uno de los copropietarios de un predio indiviso, la servidumbre no se considerará establecida sobre el predio, sino cuando todos los copropietarios estuvieran conformes (art. 636), todo porque un copropietario no puede disponer de la cosa común en perjuicio de los demás copropietarios. Sin embargo, aquel de los copropietarios que ha concedido la servidumbre, y sus sucesores aun á título particular, no pueden oponerse al derecho concedido (artículo citado), porque nadie puede ir contra el hecho propio ó de su autor. Añádase además, que si á la división del predio sobre el cual se ha impuesto la servidumbre, tocase esta en la porción de quien lo impone, se mantiene; si, por el contrario, tocase á otro copropietario, no se considera impuesto al gravamen, porque la división no atribuye, sino que declara la propiedad.

Consideramos que, como el enfiteuta goza de un derecho de dominio sobre el predio de la enfiteusis, puede constituir sobre el mismo una servidumbre, la cual, sin embargo, cesa al resolverse ó al cesar la enfiteusis constituida temporalmente, porque en el primer caso la constitución de la servidumbre se estima he-

---

(1) V. actas de la Comisión legislativa, 10 Mayo 1861, n. 111.

cha bajo condición resolutoria, y en el segundo por un tiempo determinado.

El usufructuario, el arrendatario y demás poseedores á título precario del inmueble, no pueden imponer sobre el mismo servidumbres, porque no tienen el derecho de disponer. Si estas personas se hicieran luego propietarios del predio sobre el cual hubieran constituido la servidumbre, no puede la concesión estimarse eficaz, toda vez que el hecho posterior de la adquisición de la propiedad no puede, en manera alguna, influir en las consecuencias jurídicas de un acto anterior. Sólo podría el convenio sostenerse cuando la servidumbre se hubiera constituido, para en el caso de que el que la constituye llegase á ser propietario del predio sobre el cual se impone.

447. Hasta aquí hemos hablado de la servidumbre pasiva; veamos ahora si las personas antes indicadas pueden adquirir una servidumbre en beneficio de los predios.

No hay duda de que el copropietario y el enfiteuta pueden válidamente adquirir en el predio una servidumbre activa, porque tienen un derecho de dominio en el predio, y tratándose de cosa favorable, se entiende que el propietario obra á nombre de los demás copropietarios, y el enfiteuta á nombre del dueño del directo. Pero ¿podrá válidamente adquirirse la servidumbre por el usufructuario, el usuario, el arrendatario ó por otros poseedores á título precario?

El art. 655 contiene la siguiente disposición que dirime toda controversia en este punto: «Las servidumbres adquiridas por el marido en el predio dotal y por el enfiteuta en el predio enfiteutico, no cesan por la disolución del matrimonio, ni con la extinción de la enfiteusis: cesan sólo las que sobre el mismo predio

hubieran sido impuestas por las personas indicadas. Ahora bien; si la ley dice que continúan y se conservan las servidumbres que se adquieren por el marido y el enfiteuta, implícitamente viene á decir por modo necesario que las impuestas por personas que no sean el propietario, no se mantienen una vez resuelto su derecho.

Y tiene esta disposición su motivo racional.

Ya hemos dicho por qué se conserva la servidumbre impuesta por el enfiteuta, y ahora añadiremos que se conserva la impuesta por el marido, porque se considera que éste ha obrado en nombre ó en interés de la mujer. El usufructuario, el arrendatario, etc., no representan, en manera alguna, al propietario, y en modo alguno pueden disponer del predio, ya que su posesión es precaria: en su virtud, no puede afirmarse como adquirida para el predio una servidumbre por ellos aceptada. Por consiguiente, si tales personas estipulan un derecho de paso, de acueducto, etc., no imponen una verdadera servidumbre, sino que tan sólo dan origen á una obligación personal de aquel con quien han contratado, por la cual está obligado á tolerar el paso de las personas ó de las aguas á favor del que estipula, y mientras duran sus derechos de usufructo, arriendo, etc.

448. Las servidumbres continuas y aparentes se establecen en virtud del título, ó por la prescripción de treinta años, ó por destino del padre de familia (artículo 629).

Ante todo, trataremos de la prescripción.

Es fácil comprender la razón por la cual el legislador no amplía este modo de adquisición á las servidumbres no aparentes ni á las discontinuas. Para la prescripción, en efecto, se exige una posesión pública

y ejercitada *animo domini*. Ahora bien; la posesión de una servidumbre no aparente no puede considerarse pública, porque no hay signo que advierta al propietario del predio sobre el cual se quiere imponer el gravamen de la servidumbre, y la de una servidumbre discontinua puede ir sin el ánimo de imponer un gravamen en el predio ajeno con la pretensión de ejercitar un derecho: ya que los actos discontinuos, sean ó no frecuentes, pueden ser el efecto de una tolerancia de buena vecindad, la cual es harto distinta de aquella que tiene, quien al tolerar, reconoce en quien obra un verdadero derecho.

La prescripción para la adquisición de la servidumbre no se verifica sino con el transcurso de treinta años. Esta disposición ¿deroga la contenido en el art. 2.137, según la cual, quien de buena fe adquiere un derecho real sobre el inmueble en virtud de título inscripto y no nulo por defecto de forma, cumple la prescripción con el transcurso de diez años computables desde la fecha de la inscripción?

Creemos que sí; porque si el art. 629 hubiera querido acomodar la adquisición de la servidumbre por medio de la prescripción, á las normas generales que regulan toda otra prescripción, ó no hubiera dicho nada en el referido artículo acerca del tiempo necesario para que la prescripción se verifique, ó hubiera hecho una referencia á las reglas generales. Y nada de esto hay: sólo se dice que la servidumbre se adquiere por la prescripción de treinta años; luego es preciso considerar como excluidas las prescripciones más breves, por aquello de que *inclusio unius est exclusio alterius* (1).

---

(1) V. en contra Cas. Nápoles, 17 Mayo 1861 y 17 Ab. 1884.

Tampoco admitimos que esta prescripción de diez años, con la base de un título proveniente de quien no es propietario del predio, sobre el cual se estima impuesta la servidumbre, sea válida para la adquisición de una servidumbre discontinua ó no aparente: porque, según lo que dispone el art. 2.137, la buena fe y el título, no nulo por defecto de forma, no son sino condiciones requeridas para el transcurso de la prescripción: por lo que no pueden alegarse en materia en que la prescripción no se admita como medio de adquirir.

Las servidumbres no aparentes y discontinuas adquiridas por prescripción antes de la publicación del Código, se mantienen (art. 21 de las disposiciones transitorias). Si al publicarse el Código no hubiese transcurrido aún el término de la prescripción según las leyes anteriores, las servidumbres antedichas no pueden adquirirse en virtud de la prescripción: porque no habiéndose cumplido la prescripción, el derecho no se ha adquirido, y no habiéndose adquirido el derecho, la nueva ley sustituye á la antigua para regular la adquisición del mismo.

449. Para que la posesión de los actos que constituyen la servidumbre pueda llevar á la adquisición de ésta, ¿es necesario que se hayan ejercitado por el propietario del predio dominante? Supongamos que el usufructuario de una casa abre en el muro que mira á mi jardín una vista directa: ¿vale esta posesión del usufructuario para establecer contra mi predio la servidumbre en virtud de prescripción?

Opinamos que no. Más arriba hemos demostrado que el poseedor á título precario no puede adquirir una servidumbre por contrato en beneficio del predio; no pudiendo por contrato, ¿cómo podría adquirirla por

prescripción? Y no se diga que la prescripción se cumple por vía de simples hechos, porque estos hechos no son materiales tan sólo, sino capaces de producir efectos jurídicos. Ahora bien; si el efecto jurídico no puede atribuirse al contrato estipulado por el tenedor precario, ¿cómo puede atribuirse á sus hechos? Verdad es que la prescripción se verifica por la tolerancia de quien permite cosa que tiene derecho á impedir, y en el caso presente habría tolerancia, por parte del propietario del predio sobre el cual se ha abierto la vista directa; pero también es verdad que los actos verificados, deben serlo, con ánimo de adquirir la servidumbre en beneficio del predio respecto del cual aquéllos se cumplen. Este ánimo no puede suponerse en el poseedor precario, porque no tiene el derecho de disponer del predio; falta, pues, en este supuesto un requisito esencial para el cumplimiento de la prescripción. Terminado el usufructo, si el propietario del jardín tolera todavía la existencia de las vistas, desde este momento comienza á discurrir el término requerido para poder prescribir.

450. ¿Desde cuándo se computa la posesión útil para los efectos de la prescripción? Según el art. 631, es preciso distinguir las servidumbres afirmativas de las negativas. Con respecto de las primeras se computa desde el día en que el propietario del predio dominante comenzó á ejercitarlas sobre el predio sirviente; y respecto de las segundas, desde el día de la prohibición, hecha por un acto formal del propietario del predio dominante, al del predio sirviente, para limitarle el libre uso del mismo.

El ejercicio de las servidumbres puede ser independiente de las obras ejecutadas con el objeto del ejercicio mismo. Supongamos que yo he hecho obras enca-

minadas á conducir á mi predio las aguas ajenas; en ese caso, el tiempo de la prescripción no comienza á discurrir desde el día en que los trabajos se han cumplido, sino desde aquel en que las aguas se toman por medio de las obras ejecutadas.

Para que se verifique el acto de oposición, desde el cual data la posesión de servidumbres negativas, es preciso que concurren tres condiciones: 1.<sup>a</sup> Que el propietario del predio sirviente se haya puesto á hacer en su predio las obras que el propietario del dominante pretende impedir. 2.<sup>a</sup> Que este último se haya opuesto á la ejecución de las obras, ya demandando al ejecutor en juicio, ya notificándole el acto de protesta en la cual se haya hecho valer el derecho que se pretende á la servidumbre. 3.<sup>a</sup> Que á consecuencia de esta oposición el propietario del predio sirviente, haya desistido de los trabajos emprendidos ó que se proponía emprender.

451. No debe ocultársele al intérprete una contradicción manifiesta entre el art. 630 y el párrafo del 631 relativo á la adquisición de servidumbres negativas.

Es sabido que estas servidumbres son todas no aparentes, porque no consisten en un hecho efectuado por el propietario del predio dominante, que el del predio sirviente está obligado á tolerar, sino en la prohibición con que el primero impide al segundo hacer alguna cosa á que tendría derecho como propietario de su predio, y semejante prohibición, en cuanto consiste en un hecho, no puede tener ningún signo aparente. Ahora bien; según lo dispuesto en el art. 630, no pueden adquirirse por medio de prescripción las servidumbres no aparentes; ¿cómo, pues, el art. 631 declara prescriptibles las servidumbres negativas que esencialmente son no aparentes?

No he y otro modo de armonizar estos artículos que viendo en el art. 631 una limitación impuesta al principio general establecido por el 630. Desde el momento en que el art. 631 establece el punto desde el cual data la posesión para el cumplimiento de la prescripción relativa á la servidumbre negativa, y desde el momento en que esta posesión se hace comenzar por el acto formal de oposición, es evidente que el legislador admite que se puede adquirir por medio de la prescripción una servidumbre negativa, bien que no aparente, cuando hubiere habido un acto formal de oposición. Pero si el legislador admite esto, no obstante lo dispuesto por el art. 630, la consecuencia que debe sacarse es que la disposición del art. 631 relativa á un caso especial, deroga la general del 630.

Y tiene esta derogación su fundamento. En efecto, el motivo por el cual el legislador prohíbe la adquisición por medio de prescripción de las servidumbres discontinuas y de las no aparentes, está en la incertidumbre de la posesión y en su significado equívoco. En el caso previsto por el art. 631, la incertidumbre y el equívoco se desvanecen; toda vez que cuando existe un acto formal de oposición, hay de parte de quien lo hace, una pretensión hecha valer con ánimo de tener y gozar el derecho que se afirma, y hay con respecto de aquel contra el cual se dirige, un implícito reconocimiento del derecho que en contrario se pretende; en su virtud, no sería aplicable al caso que se examina la razón en que se ha fundado la disposición general del art. 630.

Añádase, además, que en el art. 637 figura otra derogación al principio del art. 630, y la cual confirma la interpretación que hemos dado al párrafo del artículo 631.

En efecto; se dice en el mismo que respecto de la servidumbre de aprovechamiento de los desagües derivados del fundo ajeno, la prescripción comienza desde el día en que el propietario del predio dominante haga en el predio sirviente obras visibles y permanentes destinadas á recoger los referidos desagües en beneficio propio, ó bien, desde el día en que el propietario del predio dominante haya comenzado ó continuado el aprovechamiento, no obstante un acto formal de oposición del propietario del predio sirviente. En este último caso, se supone necesariamente la falta de las obras encaminadas á conducir los desagües, porque de otro modo la posesión dataría desde el día en que las mismas se hubieran ejecutado. Ahora bien; la servidumbre de toma de agua sin artefacto alguno es servidumbre no aparente, y si puede ésta adquirirse por medio de prescripción cuando hubiera habido un acto formal de oposición, esta adquisición no puede verificarse sino derogando la regla general del artículo 630.

451 *bis*. La ley se ocupa de una manera especial con la adquisición mediante prescripción de la servidumbre activa de desagües; es preciso por esto considerar cuanto la ley dispone á este propósito.

Al hablar en su lugar oportuno de las servidumbres derivadas de la situación de los lugares, hemos visto que el propietario del predio inferior está obligado á recibir las aguas que corren naturalmente del predio superior; hemos visto también que, en virtud de esta servidumbre, constituida por la ley, en beneficio del predio superior y á cargo del inferior, el propietario de éste no adquiere ningún derecho sobre las aguas que corren aunque hayan corrido durante siglos, y por esto, el propietario del predio superior puede, á vo-

luntad, disminuir ó agotar el desagüe aprovechándose de las aguas ó llevándolas hacia otro sitio. Sin embargo, si el propietario del predio inferior no puede por el solo hecho del tiempo transcurrido adquirir ningún derecho sobre las aguas que corren naturalmente del predio superior, puede adquirirlo con el concurso de otras condiciones. Cuando dispone el art. 637 el modo de adquisición de tal servidumbre por la prescripción, ésta no se considera comenzada sino desde el día en que el propietario del predio dominante (que en este caso es el del predio inferior) haya hecho en el predio sirviente (predio superior) obras visibles y permanentes, destinadas á recoger y conducir dichos desagües en provecho propio, ó bien desde el día en que el propietario del predio dominante haya comenzado ó continuado aprovechándolas, no obstante un acto formal de oposición por parte del propietario del predio sirviente. No basta, pues, que el propietario inferior haya hecho obras en su predio para recoger ó distribuir los sobrantes, sino que es necesario que haya ejecutado estas obras en el predio superior, para que la prescripción comience á discurrir en su favor.

Por acto *formal* de oposición se entiende aquel que está revestido de las formalidades establecidas por la ley; no basta, pues, para constituirlo, una carta particular, pero es suficiente una protesta hecha ante notario. Desde el día en que el acto formal de oposición existe, la prescripción comienza á discurrir en beneficio del propietario del predio inferior, bien sea que hubiere comenzado á aprovecharse de las aguas después de este acto, bien sea que después de él persistiere en el goce que antes tenían.

La limpia regular, dispone el art. 638, y el sostenimiento de sus márgenes, de un estanque abierto en el

predio ajeno destinado ó que sirva para recoger ó conducir las aguas, hará presumir que es obra del propietario del predio dominante, cuando no haya título, signo ó prueba en contrario.

Este artículo establece una presunción de propiedad respecto de la obra existente en el predio superior, por efecto de la cual, la prescripción de la servidumbre activa de desagües, puede comenzar á correr en beneficio del propietario del predio inferior. Esta presunción legal no exige sólo que el estanque existente en el predio superior y regularmente limpiado y sostenido por el propietario inferior, sirva para conducir y recoger las aguas, sino que exige también que éste y no otro sea su destino, de suerte que la presunción cesa si el propietario del predio superior se sirve de él para otros usos; habiendo esta circunstancia, debe considerarse que no es el destino del mismo el de recoger y conducir las aguas al predio inferior, aun cuando también sirva para este uso.

Se reputa signo contrario á la presunción, según dispone el mismo artículo, la existencia encima del estanque de edificaciones construidas y conservadas por el propietario mismo del predio en que aquél se ha abierto, porque estas obras demuestran que el destino del estanque, no es el de recoger y conducir los desagües al predio inferior.

452. Para establecer la servidumbre en virtud del destino del padre de familia, es necesario, según lo dispuesto por los artículos 632 y 633, el concurso de las cuatro condiciones siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Que los predios, dominante el uno y sirviente el otro, hayan pertenecido á un mismo propietario;
- 2.<sup>a</sup> Que éste haya puesto y dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre;

3.º Que los predios estén actualmente divididos, esto es, que portenezcan á distintos propietarios, y

4.º Que al pasar uno de los predios ó ambos á otra ó á otras personas, nada se haya dispuesto respecto de la servidumbre.

Antes de examinar por separado las cuatro condiciones indicadas, debemos advertir, que por destino del padre de familia no pueden adquirirse sino las servidumbres que sean al mismo tiempo continuas y aparentes, toda vez que, según la disposición categórica y absoluta del art. 630, toda otra servidumbre que no reuna los requisitos de la continuidad y apariencia, no puede adquirirse sino mediante título, y el título es cosa distinta del destino del padre de familia. En aquél consta la voluntad expresa de las partes respecto de la constitución de la servidumbre; en éste, en cambio, no hay más que una voluntad presunta respecto del mantenimiento del *statu quo* ó de las condiciones en que se encuentran los predios el uno respecto del otro. La presunción no puede fundarse sobre lo arbitrario, debe tener un fundamento natural que la justifique. Ahora bien; si faltan los signos exteriores y aparentes de la condición de servidumbre en que un predio se encuentra con relación al otro, falta el conocimiento relativo á la existencia de semejante condición de cosas, y no puede, por tanto, presumirse que haya tácito conocimiento respecto de lo que queda ignorado.

Si existiendo los signos visibles la servidumbre fuese discontinua, puede estimarse que según la intención del propietario de los dos predios, el estado actual de las cosas debería tener un carácter precario, no pudiendo, por tanto, presumirse que hubiera tácitamente querido conservar á perpetuidad lo que existía con

un fin precario y pasajero (1). Por lo cual la servidumbre de luces ó vistas con ventanas, que es continua y aparente, puede continuar constituida por destino del padre de familia, el cual, cuando era propietario del edificio y del otro predio, ha abierto ó dejado abierta en aquél una ventana con vistas á este último, habiéndose luego efectuado la enajenación del uno ó del otro, ó de ambos, pero á personas distintas (2).

Por el contrario, una servidumbre de desagüe en obras visibles encaminadas á conducir las aguas de un predio á otro no es aparente, y no puede constituirse por destino del padre de familia (3).

453. Pasando ahora á hablar de las condiciones indicadas, observaremos, en cuanto á la primera, que no es necesario que los predios actualmente divididos lo estuvieran también cuando pertenecían á un mismo propietario, porque el que los dos predios constituyeran uno solo, no impide que el propietario haya podido hacer que una de las partes se prestase para el más fácil y cómodo servicio de la otra.

Supongamos que un predio mío está atravesado por un acueducto, del cual me sirvo para regar una parte del mismo destinada á un cultivo especial: si yo enajeno la parte no regada conservando la otra, ó bien me reservo aquélla y enajeno esta última, en uno y otro caso la parte atravesada por el acueducto puede quedar gravada con la servidumbre respectiva, si no resulta nada en contrario del título de adquisición.

Sólo el propietario puede dar á los predios un destino tal, que del mismo resulte una servidumbre al dividirse aquéllas. Así, pues, si ambos predios estuvieren

---

(1) Cons. Cas. Turín, 21 Mayo 1869.

(2) Trib. Ap. Milán. 23 Abril 1875.

(3) Cas. Nápoles, 14 Enero 1867.

reunidos en manos del usufructuario, usuario ó arrendatario, ninguno de ellos puede dar á los mismos un destino perpetuo, y de su hecho no puede originarse una servidumbre: pero estimamos que tal destino puede darlo el enfiteuta, que ejercita sobre los predios enfiteúticos un derecho de dominio.

El propietario debe haber puesto ó dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre: así, pues, es necesario el hecho material del propietario para que haya el destino del padre de familia, no bastando, al efecto, la simple intención.

Supongamos que el propietario haya comenzado un edificio, en el cual, ateniéndose al plano, se habrían abierto vistas directas sobre el jardín al mismo perteneciente: ahora bien; si el propietario muere antes de que las vistas se hubieran construido y el jardín pasa á persona distinta de aquella á quien pertenece, el predio sobre el cual se ha empezado á construir no puede considerarse establecida la servidumbre de vistas por destino del padre de familia (1).

No es necesario que el estado de cosas se hubiera efectuado desde un principio por el propietario; puede haber sido obra de otro y consentida luego ó aceptada por el propietario. Por lo que si el estado de cosas existía cuando el propietario ha adquirido los dos predios y lo mantiene, tendremos el destino del padre de familia. Del propio modo, si el arrendatario, el usuario ó el usufructuario hubieran dado á los predios un destino determinado, que luego el propietario hubiera mantenido, una vez terminado el uso, el usufructo ó el arrendamiento puede haber lugar á la constitución de la servidumbre, si los dos predios cesan de

---

(1) Cas. Turín, 21 Agosto 1874.

pertenecer á un mismo propietario. Por el contrario, si el estado precedente de las cosas hubiera sido deshecho por el mismo propietario, no habrá destino del padre de familia, no habiendo, por tanto, lugar á la servidumbre (1).

La división de los predios puede ocurrir por cualquier causa, tanto por venta voluntaria ó forzosa, como por donación ó sucesión, etc., y sea cual fuere la forma, según la cual se verifique lo de que los predios pertenezcan á distintos propietarios, puede considerarse impuesta la servidumbre por destino del padre de familia.

Requíerese, por último, que al pasar el predio de uno á otro propietario no se haya dispuesto nada respecto de la servidumbre: en otro caso, la voluntad presunta no puede alegarse por haberla expresa. La simple cláusula de que el predio se vende libre de toda servidumbre, no impide que haya lugar á la debida por el destino del padre de familia, porque, como observa el Tribunal de Apelación de Venecia (2), la servidumbre por destino del padre familia nace cuando los dos predios pasan ó pertenecen á dos distintos propietarios, y no antes, porque la servidumbre es un derecho constituido en cosa ajena, y *res propria nemini servit*. Para rechazar, pues, semejante servidumbre, es preciso que las partes en el contrato, ó en cualquier otro acto de transmisión del dominio, lo hayan acordado expresamente.

454. El destino del padre de familia puede demostrarse, según el art. 632, con cualquier género de

---

(1) Cas. Nápoles, 19 Enero 1880.

(2) Sent. 3 Abril 1876. Consultese á este propósito Cas. Turín, 28 Mayo 1878. (*Racc XXXI*, I. 186.)

prueba. Para hacer patente el destino del padre de familia, es necesario demostrar, en primer lugar, que los predios pertenecían á un mismo propietario, y en segundo lugar, que éste puso y dejó las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre.

Ahora bien; puede probarse con testigos que el estado de cosas ha sido puesto y dejado por el propietario de los predios; pero ¿puede probarse con el mismo medio que le correspondía el dominio sobre los predios en cuestión?

Dedúcese un motivo de duda del hecho de que, según el Código patrio, el paso del dominio de una á otra persona no puede resultar más que de un documento; esto no obstante, no vacilamos en responder afirmativamente, tanto porque el todo género de prueba del art. 632 se refiere también al hecho de que los dos predios se hayan poseído por un mismo propietario, como porque basta para afirmar la prescripción, demostrar el hecho material de la posesión *animo domini* en aquel que puso y dejó las cosas en el estado en que actualmente se encuentran.

454 *bis*. ¿A qué ley se debe atender para decidir si una servidumbre puede ó no considerarse por destino del padre de familia? Dos momentos es preciso tener en cuenta: aquel en que el propietario pone las cosas en el estado de que la servidumbre puede derivarse, y aquel en que se verifica la separación de los dos predios para pertenecer á diversas personas. Ahora bien; en cada uno de estos dos momentos puede imperar una ley distinta: ¿á cuál de las dos se deberá atender? En virtud del principio general de derecho (*res sua nemini servit*), la servidumbre no existe, y no se origina sino desde el momento en que los predios comienzan á pertenecer á dos distintos propietarios;

es, pues, á este momento al que debe atenderse para decidir si la servidumbre puede surgir ó no y consiguientemente á la ley que en el mismo impera (1). Si, por ejemplo, en el momento en que el propietario efectúa el hecho del cual se quiere hacer derivar la servidumbre, la ley no consentía que la servidumbre misma se constituya por destino del padre de familia, y esta fuese consentido por la ley vigente en el momento en que los dos predios pertenecen á dos distintos propietarios, la servidumbre se considerará establecida por destino del padre de familia.

455. Al igual que la servidumbre que se adquiere por prescripción, la dependiente del destino del padre de familia no necesita estar inscrita para que surta efecto contra los terceros. La ley, realmente, no exige que se inscriba la servidumbre, sino el documento en virtud del cual se constituye. Ahora bien; habiendo documento de servidumbre, dependerá del título y no de la prescripción; así, pues, estas últimas especies de servidumbres, que existen independientemente de todo documento, no necesitan ser inscritas para que puedan producir efecto contra terceros.

---

(1) Cas. Turfn, 29 Ab., 1879.

---

## CAPITULO XII

### EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

**SUMARIO:** 456. Qué se comprende en el ejercicio de la servidumbres Servidumbres accesorias. Se adquieren y se extinguen con la principal No se ejercitan sino como medios de la servidumbre principal.—457. *Quid* si el predio sirviente se divide entre dos propietarios. Si las servidumbres gravan todo el predio ó una parte del mismo.—458 División del predio dominante. Consecuencias de este hecho para las relaciones entre los distintos propietarios con el predio sirviente, Consecuencias para las relaciones entre los diversos propietarios entre sí.—459. Criterio para determinar el uso de la servidumbre. Si la misma puede ampliarse en beneficio de otros predios —460. Corren á cargo del propietario del predio dominante las obras necesarias para ejercitar la servidumbre. Si y en qué casos el propietario del predio sirviente puede obligar al propietario del predio dominante á ejecutar las obras exigidas por la servidumbre.—461. Las obras son comunes cuando es común el uso de la cosa en la parte sometida á la servidumbre. Proporción en la cual cada propietario sostiene las obras necesarias.—462. El título puede poner las obras á cargo del propietario del predio sirviente. Este puede eximirse de tal obligación abandonando el predio Efecto del abandono. Si debe tener lugar con relación á todo el predio ó sólo en la parte en que la servidumbre se ejercita. Si el abandono surte sus efectos, tanto para el porvenir como para el pasado.—463. Obligaciones del propietario del predio sirviente. Sus derechos. Cuándo puede sustituir un lugar por otro para ejercitar la servidumbre. Si puede modificar su ejercicio.—464. Aplicación de los principios expuestos á la servidumbre de toma y conducción de aguas.—A quién pertenece el canal que las

conduce. Producciones del mismo Derecho para ejercitar en él la pesca.—465. Concesión de agua. Lugar de entrega. A cargo de quién corren los gastos —466. Escasez de agua. Efectos de la misma en las relaciones entre los diversos usuarios y el que la concede. Efectos de las relaciones de los que las usan entre sí. Quién soporta la falta. Hipótesis distintas.—467. Aplicación de los mismos principios á la servidumbre de los desagües. Agua concedida reservada ó poseída. Uso determinado.—468. Obligaciones impuestas á quien usa del agua obligado á restituir el sobrante. No puede cambiar el uso para que tiene el agua si perjudica á quien tiene derecho a los sobrantes. Tampoco puede desviarla aun cuando se una otra agua á la que se posee.—469. Derechos del propietario del predio sirviente. Puede disponer libremente del agua. Limitación de este principio. Puede abandonar el riego y hacer cesar la servidumbre. Puede eximirse de éste concediendo una cantidad de agua viva *Quid* si después de esta concesión disminuye la cantidad de agua.—470. Comunidades de riego. Espontáneas y coactivas. Qué condiciones se exigen para que pueda ordenarse la formación forzosa de la comunidad.—471. Ley sobre las comunidades de riegos. Diferencias entre éstas y las reguladas por la ley de obras públicas.

456. Para determinar el objeto y la extensión de una servidumbre es preciso remontarse á su origen. Si depende de la ley que la ha constituido, conviene tener en cuenta la intención del legislador, para poner en armonía los actos de su ejercicio con el fin prefijado por el mismo legislador al imponerla. Si hubiera sido constituida en virtud de un título, la voluntad de los contratantes es la que determina la extensión y regula su ejercicio; por lo que, en este caso, las controversias relativas á la mayor ó menor extensión de la servidumbre, no son más que controversias sobre la interpretación que debe darse á la voluntad de las partes, ó por quien con su consentimiento constituye la servidumbre. Si ésta tuviese su origen en el destino del padre de familia, es preciso tener en cuenta el es-

tado de cosas efectuado ó dejado por el propietario de los dos predios, actualmente divididos, para deducir del mismo los fundamentos y el fin de la servidumbre originada. Por último, si la servidumbre se hubiera adquirido en virtud de prescripción, es necesario atender á los anteriores actos de posesión por aquello de que *quantum possessum tantum praescriptum*.

Sin embargo, sea cual fuere la especie de servidumbre de que se trate, es aplicable á la misma siempre la regla general según la cual, en el derecho de servidumbre debe comprenderse todo aquello que es necesario para usar de ella (art. 639); en su virtud, las servidumbres que son accesorias de otra se comprenden virtualmente en ésta. Por ejemplo: quien tiene el derecho de hacer pasar el agua por el predio ajeno, tiene también el de pasar á lo largo de las orillas del canal para vigilar la conducción de las aguas, y para hacer las limpias y reparaciones necesarias.

Dos principios fundamentales regulan las servidumbres accesorias, que no pueden perderse de vista en la práctica. El uno es el de que la servidumbre accesoria no constituye una servidumbre distinta de la principal y que existe por sí, sino que es un medio para el ejercicio de esta última, con la cual se penetra (1). De donde se infiere que la servidumbre accesoria se considera adquirida con la adquisición de la principal, y así, como surge con ésta, con ella desaparece. El otro principio es el de que la servidumbre accesoria no puede ejercitarse por sí misma, sino como medio para el ejercicio de la servidumbre principal.

Por ejemplo: quien tiene el derecho de pasar por el

---

(1) Cons. Trib. Ap. Nápoles, 10 Marzo.—Cas. Turin, 11 Set. 1876.

predio ajeno para vigilar el paso de sus aguas, para limpiar y reparar el canal, etc., no puede transitar por aquel con un fin distinto; v. gr., para pasear ó introducirse en otro predio suyo, porque la servidumbre accesoria existe como medio para el ejercicio de la principal, por lo que es preciso que como medio se ejercite y no como fin en sí mismo.

No sólo las servidumbres accesorias, sino también el modo de ejercicio de la servidumbre, debe corresponder al uso y al objeto de la misma. Si yo, v. gr., tengo el derecho de pasar por tu predio para llegar al mío, y si el cultivo y el uso de mi predio exigen que yo pase con carros ó vehiculos, tú estás obligado á darme un paso tan amplio y adecuado como el caso exige.

457. La constitución de la servidumbre supone un predio sirviente y otro dominante. Puede con el tiempo ocurrir que el uno ó el otro, ó ambos, cesen de pertenecer á un mismo propietario; es, pues, necesario ver si puede tener influjo y cuál influjo puede tener este hecho con relación á la servidumbre.

Supongamos que el predio sirviente por venta, división ú otro título cualquiera, se distribuye entre varios propietarios; en este caso, es necesario indagar si la servidumbre gravaba sobre todo el predio ó sobre una parte del mismo. En el primer supuesto, todas las partes correspondientes á los diversos propietarios quedan gravadas por la servidumbre, como lo estaban antes cuando pertenecían á un mismo propietario; en el segundo, la servidumbre se ejercita exclusivamente á cargo del propietario á quien ha correspondido la parte gravada.

Y se comprende esto fácilmente; la dificultad está, por lo demás en determinar cuándo la servidumbre grava todo el predio y cuándo grava sólo una parte.

Esta controversia no puede, en verdad, resolverse, teniendo en cuenta tan sólo la parte del predio sobre la cual se ejercita la servidumbre, porque una cosa es el derecho á la servidumbre y otra el ejercicio práctico de la misma.

Cuando la ley, para llegar á mi predio aislado me concede el derecho de pasar por el predio de Ticio, mi derecho de servidumbre grava, sobre todo el predio de Ticio. Ciertamente, yo no puedo, prácticamente, ejercitarlo sobre cada punto del predio, sino que lo ejercito sobre el camino que ocupa una parte del mismo. No se puede decir, sin embargo, en este caso, que mi derecho de servidumbre se limita á la parte del predio sobre la cual se encuentra el camino, sino que está gravado todo el predio, aun cuando el ejercicio de la servidumbre se verifique sólo en una parte de éste. Lo mismo puede decirse respecto de la servidumbre de desagüe, de conducción de aguas á través del predio ajeno, etc. Por lo que, si por efecto de venta ó división, la parte del predio en que se encuentra el camino correspondiere á un propietario y el resto á otro, no está afectada á la servidumbre la propiedad sólo del primero, sino también la del segundo. Así, pues, en las relaciones entre el uno y el otro propietario del predio sirviente, aquel á cuyo cargo la servidumbre resultare demasiado gravosa, á tenor del art. 645, puede obligar al otro á sufrir también el ejercicio de la servidumbre y á permitir que el camino y el acueducto, etc., se constituyan en todo ó en parte en su porción siempre que se demuestre, que ejercitándose la servidumbre sobre otra parte del predio, el propietario de éste no experimenta el daño que el ejercicio mismo produce, á aquel sobre cuya porción se verifica actualmente.

Para considerar la servidumbre constituida sobre una parte sólo del predio, nos parece que es necesario que la servidumbre dependa de un título, y que en éste se especifique que se ha querido imponer la misma, no sobre todo el predio, sino sobre una parte de él bien determinada.

En efecto; cuando la servidumbre depende de la ley, del destino del padre de familia, ó de la prescripción, se refiere al predio en su totalidad, porque siendo uno é indiviso el predio, no puede estimarse que la ley, el destino del padre de familia ó los actos posesorios que suponen la prescripción, impliquen una división del predio en varias partes. No existiendo tal división materialmente, y debiendo resultar de una manera teórica é intelectual, no puede deducirse más que de una voluntad expresa y bien determinada, por lo que no puede verificarse con relación tan sólo á las servidumbres constituidas en virtud del título.

458. Examinemos ahora el otro caso, esto es, aquel en que el predio dominante se halla dividido entre varios propietarios. Cuando esto ocurra, dispone el artículo 644, la servidumbre se debe á cada porción, sin que por esto pueda agravarse la condición del predio sirviente.

Suponiendo que la servidumbre sea de paso ó de acueducto, se prestará con relación á todos los propietarios, pero cada uno de ellos deberá ejercitarla en el mismo lugar sin que pueda pretender un camino ó un canal separado. Si el camino y el acueducto existentes no van directamente á la porción que hubiera correspondido á uno de los propietarios, no puede pretender ejercitar la servidumbre en otro punto del predio sirviente por donde resulta aquélla más directa, sino que debe pedir el paso ya para sí, ya para las

aguas al propietario que tiene su porción entre el punto del predio sirviente en que termine el camino ó el canal y la que le ha tocado á él.

El artículo que examinamos sólo se refiere á las relaciones entre los distintos propietarios del predio dominante con los del predio sirviente, ¿cómo deberán determinarse los derechos de cada propietario en relación con los de los demás?

Si la servidumbre se debiera á todo el predio y en interés de todas sus partes, cada uno de los propietarios debe gozar de ella con relación á la parte del predio que posea.

Supongamos que un terreno regable en toda su extensión, tiene derecho á tomar cien litros de agua. Si siete décimas partes de éste corresponden á un propietario y tres á otro, es evidente que el primero tiene derecho á setenta litros de agua y el segundo á treinta. Pero la servidumbre puede no estar constituida en beneficio de todo el predio, sino de una parte del mismo. Supóngase que la mitad de mi predio sea bosque ó viña, y la otra prado con riego. La servidumbre de acueducto no aprovecha en este caso por la voluntad misma de quien la ha constituido al bosque ni á la viña, sino al prado. Si ocurre, pues, que yo lego el bosque á Ticio y el prado á Sempronio, sólo este último tiene derecho á la servidumbre de acueducto ó toma del agua, y no el otro, porque en este caso el agua es un accesorio del prado y no del bosque ó de la viña. Si el propietario arrancare de su terreno los árboles ó las viñas para ponerlo en condición de ser regado, no por esto adquirirá el derecho para que el propietario de la otra parte le ceda una cantidad de agua proporcionada á la extensión regable, porque una vez establecidos los derechos de los diversos pro-

pietarios, no pueden experimentar alteración por el hecho ó la voluntad de uno solo.

459. Quien tiene un derecho de servidumbre no puede usar de él sino con sujeción al título ó las mermas de su posesión, y sin que pueda hacer innovación alguna en el predio sirviente ni en el dominante que agrave la condición del primero (art. 646). El título y la posesión deben, no sólo determinar la extensión de la servidumbre, sino también el modo de ejercitarla. Si yo, por ejemplo, tengo la servidumbre de paso por el predio ajeno, y para el cultivo de mi predio no fuese necesario que por él pasen vehículos, no puedo pretender obtener un camino para ellos; sólo podré exigir que no sea éste tan amplio como lo exijan las condiciones de mi predio.

Si hubiera adquirido el derecho de ejercitar las vistas sobre el predio vecino desde lo alto de mi terraza, no puedo, convirtiendo en casa la terraza, ejercitar la misma servidumbre de vistas desde las ventanas, por ser este modo de la servidumbre más gravoso que el otro, ya que es posible asomarse cuando se quiera, en todo momento á las ventanas, siendo más difícil usar de una terraza abierta (1).

Del propio modo, si la servidumbre se hubiese ejercitado desde un punto dado del predio sirviente, no puedo exigir á voluntad el derecho de pasar por otra parte del predio mismo. Por vía de excepción únicamente puede pedirse al propietario del predio dominante el cambio de lugar para el ejercicio de la servidumbre cuando concurren estas dos condiciones: ventaja notable para él reconocida en caso de controversia por la autoridad judicial, y que no se produzca

---

(1) Cons. Cas. Nápoles, 22 Mayo 1879.

daño alguno en el predio sirviente (art. 645, párrafo último). Si hubiese la ventaja ó provecho notable para el propietario del predio dominante y el cambio produjese daño en el predio sirviente, no puede éste exigirse aun cuando el daño fuese mucho menor ó inferior en mucho, á la utilidad que el predio dominante obtuviese por virtud del cambio mismo.

Es preciso, además, usar la servidumbre con relación á los predios para los cuales se constituye, no con relación á otros.

Supongamos que yo tengo el derecho de paso sobre el predio de Ticio para llegar á un terreno *a*. Si más allá de este predio yo poseo los predios *b* y *c*, y obtengo de los propietarios intermedios el poner mediante un camino en comunicación el predio *a* con los otros dos, no podré servirme del paso á que tengo derecho sobre el predio de Ticio, para transportar los productos de los predios *b* y *c*, ó los abonos y demás necesarios para el cultivo de los mismos; porque en ese caso vendría á imponer una triple servidumbre en el predio sirviente, y éste no está gravado por la ley ó por el título más que con una sola.

Tratándose, sin embargo, de concesión de agua en una cantidad determinada, puedo muy bien servirme de ella para los otros predios, ó bien para especular con la misma, v. gr.: vendiéndola (1), porque hay que distinguir en semejante concesión dos cosas, á saber: la cesión ó la venta de una cantidad de agua determinada, y el derecho de conducirla al predio propio. Ahora bien; la servidumbre no está en el agua cedida, sino en el paso que á la misma se le da por el canal ajeno; mientras el paso persiste siendo el mismo, la

---

(1) Trib. Ap. Nápoles, 30 Mayo 1870.

servidumbre no se agrava si del agua que se me ha vendido, una vez introducida en mi predio, dispongo, ya sea de esta, ya de la otra manera.

460. Las obras relativas á la servidumbre corren á cargo de quien de ella usa (art. 641).

Si el título no determina qué obras deben hacerse por el propietario del predio dominante, éste tiene derecho de ejecutar las que son necesarias para el ejercicio de la servidumbre, teniendo en cuenta la índole y el objeto de la misma. Sin embargo, en la ejecución de las obras se debe elegir el tiempo y el modo que ocasionen menos molestia al propietario del predio sirviente (art. 640).

Infiérese de esta disposición que el propietario del predio sirviente está obligado á sufrir las molestias, que son la consecuencia necesaria é inevitable de los trabajos, ejecutados según los términos del artículo citado y observando las condiciones allí prescritas, sin que tenga derecho á exigir indemnización alguna, por cuanto quien está obligado á prestar una servidumbre, debe prestar cuanto sea indispensable para el ejercicio de la misma.

El derecho á la indemnización surge tan sólo en el propietario del predio sirviente cuando las obras se ejecutan, ya sea por circunstancias independientes de la voluntad de quien proceda á ellas, ya por estar en suelo aún las mieses que resultan perjudicadas, ya, en fin, por cualquier otra causa dependiente de la naturaleza ó destino del predio sirviente mismo.

Si el propietario del predio dominante no hiciese los trabajos necesarios para la conservación y ejercicio de la servidumbre, ¿podrá ser obligado por el propietario del predio que debe la servidumbre?

El art. 642 dispone, con respecto á la servidumbre

de toma y paso de agua que, cuando el título no disponga otra cosa, el propietario del predio sirviente puede pedir siempre, que el canal ó zanja se tenga convenientemente limpio y que sus márgenes se conserven en buen estado, á costa del propietario del predio dominante.

Creemos que esta disposición, aunque sólo se refiere á la servidumbre de acueducto, puede generalizarse y ampliarse á toda servidumbre, porque está fundada sobre un principio de razón, cual es, el de que cada uno esté obligado á reconocer los daños que del ejercicio descuidado de la servidumbre se derivan para el predio sirviente. Así, si yo ejercito la servidumbre de paso por un puente ú otra construcción, podré ser obligado por el propietario del predio sirviente á hacer en él las reparaciones necesarias, cuando amenazan ruina con daño del predio en que se encuentre. Lo mismo puede decirse en otros casos en que los trabajos que se ejecutan sean necesarios para remover los daños que podría experimentar el predio que debe la servidumbre.

461. El principio que pone á cargo del propietario del predio dominante las obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre, así como la conservación de la misma, experimenta excepciones cuando el uso de la cosa, en la parte sometida á servidumbre, sea común del propietario del predio dominante y del propietario del predio sirviente, pues en ese caso las obras indicadas se hacen en común y en la proporción de los beneficios respectivos, salvo que el título dispusiere otra cosa (art. 641).

Supongamos que el camino existente en tu predio sirve tanto á mí como á ti, ó que el acueducto que atravesase tu predio conduce tanto mi agua como la tuya,

en ese caso debemos concurrir los dos á sostener los gastos necesarios, en las obras que sea preciso hacer para el sostenimiento de los mismos. El concurso, sin embargo, no debe efectuarse por partes iguales, sino en proporción al beneficio que cada cual obtiene de la cosa. Por donde si tú consumes una cantidad de agua doble que la mía, de suerte que de las tres partes del agua que fluye al canal, dos sirvan para ti y una para mí, los gastos relativos á las obras necesarias para el canal serán soportados en las dos terceras partes por ti y en una tercera parte por mí. Del propio modo, si yo me sirvo del camino existente en tu predio para transitar á pie y tú haces pasar por él tus vehículos, el gasto de conservación deberá ser proporcionado á la utilidad que obtenga por el paso á pie, y el que tú obtienes transitando en carro ó coche. Si ambos usamos del camino de la misma manera, pero tu predio es mayor que el mío tres veces, por ejemplo, en ese caso el camino te aprovecha á ti tres veces más que á mí, y en su virtud debemos soportar los gastos de las obras que el mismo exige, en la misma indicada proporción.

462. Otra excepción del principio que pone á cargo del que usa la servidumbre los gastos necesarios para las obras que hicieran falta, puede deducirse del mismo título constitutivo de la servidumbre, en el cual se hubieran declarado á cargo del propietario del predio sirviente las obras y la conservación de aquélla. En este caso, el art. 643 concede á éste la facultad de librarse de la obligación impuesta, abandonando el predio sirviente al propietario del predio dominante. Tal abandono, no produce desde luego, el efecto de que el propietario del predio sirviente se deba considerar como propietario del predio abandonado, porque nadie

puede ser forzado á adquirir el dominio de una cosa. Puede éste excusarse de hacer suyo el predio abandonado, que en semejante caso queda *res nullius*; pero, no obstante, deberá hacer á su costa las obras que en el mismo sean necesarias, para el ejercicio de la servidumbre que le corresponde.

Para que el abandono produzca el efecto de librar al propietario del predio sirviente de la obligación de los gastos, ¿deberá referirse á todo el predio, ó bien puede verificarse respecto tan sólo de la parte en que la servidumbre se ejercite?

Si la servidumbre se presta por una parte solo del predio, no hay duda de que es suficiente que el abandono comprenda esta parte, no siendo necesario abandonar el resto; pero si la servidumbre gravase todo el predio, no puede el abandono concretarse á la sola parte en que la servidumbre actualmente se ejercite, con el objeto de sustraerse al cargo de los gastos, sin violar el texto y el espíritu de la ley.

En efecto; el art. 643 dice, que el propietario puede librarse, etc., abandonando el *predio sirviente*: ahora bien; predio sirviente no es la parte sólo en que la servidumbre se ejercita, sino todo el predio gravado por éste; por tanto, el abandono, para que sea capaz de producir los efectos del artículo citado, debe hacerse con relación al predio entero. Por otro lado, la ley no podrá librar al propietario del predio sirviente de una obligación que tiene respecto del propietario del predio dominante, sin entregar á éste una compensación. Y la compensación estriba precisamente en el beneficio que puede obtener de todo el predio abandonado, apropiándosele. Si admitimos que el propietario del predio sirviente pueda abandonar la parte solo en que se ejercita la servidumbre, el propietario del predio

dominante no tiene compensación alguna por los gastos que, contra lo convenido ó contra la intención del que le ha constituido, se ponen á su cargo; es, pues, evidente que el abandono no puede limitarse á esta parte sólo.

Y no se diga que este resultaría compensado con la adquisición del dominio de la parte abandonada, porque debiendo ésta servir siempre para el ejercicio de la servidumbre, no podría producir un beneficio distinto del que producía en el abandono.

El abandono, ¿libra al propietario del predio sirviente de la obligación de concurrir á los gastos hechos por lo que se refiere al tiempo anterior al abandono efectuado?

La obligación de concurrir á los gastos no se origina de la propiedad que se tiene del predio sirviente, sino de la convención ó de la disposición del hombre, siendo por esto esencialmente personal. Ahora bien; la ley faculta para sustraerse á la misma, cumpliendo una condición dada: en su virtud, puesta la condición, la obligación se extingue, tanto por lo que se refiere al tiempo pasado como por lo que toca al tiempo futuro. Antes diremos que el legislador, al autorizar el abandono, ha querido librar al propietario del predio sirviente de los gastos que se hubieran efectuado para conservar, no siendo, en verdad, presumible que se abandone el dominio de un inmueble para sustraerse á gastos futuros y problemáticos, con respecto á la cantidad.

Adviértase que la obligación contraída por el propietario del predio sirviente, no pasa á su sucesor á título particular, porque la obligación no se deriva del dominio del predio, sino que es personal é intransmisible, por lo tanto, á quien sucede en la propiedad á título particular.

463. Hasta ahora hemos hablado de las obligaciones del propietario del predio dominante; veamos ya cuáles son las que gravan al propietario del predio sirviente.

No puede este hacer cosa alguna que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó hacerlo menos cómodo; no puede, pues, cambiar el estado del predio, ni trasladar el ejercicio de la servidumbre á un lugar distinto de aquel en que originariamente se hubiese establecido (art. 645).

El mismo artículo dispone además, que si el ejercicio originario de la servidumbre le hubiese hecho más gravoso para el propietario del predio sirviente, ó si le impidiese hacer trabajos, reparaciones ó mejoras, puede ofrecer al propietario del predio dominante otro lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, quien no se podrá oponer. La sola circunstancia, pues, de que la servidumbre pueda ejercitarse en otro lugar, sin molestia para el que lo use, no autoriza al propietario del predio sirviente para ejecutar el cambio; es preciso que, además, concorra la otra condición, esto es, que el ejercicio en el lugar establecido y convenido, se haya hecho para el más gravoso (1).

El ejercicio puede resultar más gravoso por hecho del mismo propietario del predio sirviente, lo cual se infiere claramente del artículo que examinamos, toda vez que las obras, mejoras, etc., que autorizan á trasladar á otro lugar el ejercicio de la servidumbre, son hechos voluntarios.

Supongamos que la servidumbre de paso ó de acueducto se hubiese ejercido antes en una parte no cultivada del predio sirviente: si esta parte se cultivase

---

(1) V. Cas. Turín. 17 Nov. 1880.

y pudiese recibir daño del ejercicio de la servidumbre, puede ésta ser trasladada á otro lugar en que el daño para el propietario del predio sirviente sea menor. Sin embargo, el beneficio del este último no debe redundar en daño del que usa la servidumbre, de donde se infiere que el nuevo ejercicio ofrecido debe ser tan cómodo como el anterior.

Conviene advertir á este propósito, que no se debe atribuir á las expresiones de la ley un rigor excesivo, que raye más allá de la intención del legislador.

Se dice, es verdad, que el nuevo ejercicio debe ser igualmente cómodo para el propietario del predio dominante: pero si el camino antiguo recorría, v. gr., 500 metros, y el nuevo recorre algunos metros más, esta sola diferencia no puede constituir una molestia tal que el legislador y el juez puedan tomar en cuenta especialmente, cuando frente á esa molestia insensible se oponga una utilidad notable que con el cambio obtenga quien prestase la servidumbre.

El *otro lugar* que para el ejercicio de la servidumbre puede ofrecer al propietario del predio sirviente cuando concurren las condiciones exigidas por el artículo 645, puede ser otro predio de su propiedad ó de otro, si el propietario de éste consiente en imponer la servidumbre en su predio. Porque cuando el propietario del predio dominante no experimenta molestia alguna por efecto del cambio, y éste resulta además beneficioso para el predio sirviente, no hay razón para que, por causa del que use la servidumbre, padezcan y sufran daños la agricultura y la industria, en favor de las cuales precisamente impone la ley las servidumbres.

Se preguntan los autores, si en virtud del artículo que examinamos, puede modificarse en lo que á su

extensión se refiere, el ejercicio de la servidumbre.

Creemos que se trata aquí de una cuestión suscitada fuera del lugar, al interpretar el art. 645.

El ejercicio de la servidumbre, según el art. 647, debe limitarse á lo que es necesario para el destino y el uso conveniente del predio dominante, con el menor daño posible del predio sirviente. Si, por ejemplo, ocurre, que en virtud del cambio de condiciones agrícolas de mi predio, yo no tengo ya necesidad de llegar á él con vehículo, el propietario del predio sirviente puede exigir el camino bastante ancho para su servicio, se estrecha lo necesario para el paso á pie y de los animales, y esto, no en virtud del art. 645, sino del principio general que limita el ejercicio de la servidumbre, á lo que es preciso para lograr el fin de la misma.

Puede el propietario del predio sirviente cerrarlo por todas partes; pero en ese caso, según se ha advertido al hablar de la servidumbre de paso, debe entregar la llave á quien tiene el derecho de pasar por él para ejercitar la servidumbre (1) ó hacer de modo que quien tiene derecho á la servidumbre tenga libre y fácil ingreso (art. 163).

464. La ley hace algunas aplicaciones de los principios expuestos con relación á las servidumbres relativas á la toma y conducción de las aguas, de las cuales debemos decir algo.

Comienza el legislador declarando en el art. 648, que el derecho á la conducción del agua no da al que la conduce la propiedad del terreno lateral ni la del situado debajo del manantial ó el del canal conductor.

---

(1) Cas. Nápoles, 13 Diciembre 1870; Trib. Ap. Nápoles, 31 Marzo 1891.

Añade, además, que los impuestos territoriales y demás cargas inherentes al predio corren á cargo del propietario del mismo.

Son estas disposiciones inútiles y ociosas, que no sirviendo para reafirmar los principios reguladores que la ley consagra, contribuyen, en cambio, á poner en duda la extensión de los mismos y su solidez.

En efecto; si la conducción de las aguas se ejercita sobre el predio ajeno *jure servitutis*, ¿cómo es posible suponer que el terreno en que el canal se ha abierto no pertenece al propietario del predio sirviente, sino al que conduce las aguas mismas? Si esto pudiera por un momento suponerse, desaparecería la servidumbre y el derecho de conducir las aguas se ejercitaría *jure proprietatis* y no *jure servitutis*.

Es verdad perfectamente inútil una disposición expresa, encaminada á admitir lo que es consecuencia directa y necesaria de los principios mismos generales, aceptados por el legislador.

Todo lo que se produce ó germina en el canal ó en sus orillas, pertenece al propietario del predio, que es, además, propietario del canal, y sólo él puede ejercitar en él el derecho de pesca, porque en la servidumbre de conducción de aguas por el predio ajeno, no se comprende la de ejercitar la pesca, y los peces pertenecen *jure accessionis* al propietario del predio y del canal.

465. Hemos advertido que la ley pone á cargo de quien usa de la servidumbre los gastos relativos á su ejercicio. Formula el art. 649 una excepción á este principio con relación á la servidumbre de conducción de aguas concedida por otros, disponiéndose en el mismo que corren á cargo del propietario ó cedente del agua las obras necesarias y extraordinarias para la

derivación y conducción de las aguas hasta el punto en que se hace entrega de ellas. Por la razón contraria, las obras que desde este punto de entrega deban conducir el agua al lugar en que se hace uso de ella, corren á cargo del propietario del predio dominante.

El motivo de esta disposición excepcional ya lo hemos indicado, cuando hacíamos observar que en las servidumbres relativas á las aguas es preciso distinguir la concesión del agua, que es verdadero acto de enajenación del derecho de conducir el agua concedida, que constituye precisamente la servidumbre. Dado, pues, que yo haya concedido una cantidad dada de mi agua, obligándome expresa ó tácitamente á hacer entrega de la misma en el punto *c*, es evidente que deben correr á mi cargo los gastos, si el título no dispone otra cosa, para conducir el agua al lugar en que debo hacer la entrega de la misma.

Pero ¿cuál es el lugar de la entrega? Aquél en que el que la usa tiene el derecho de tomarla para servirse de ella. Así, si yo concedo á Ticio el derecho de tomar de mi fuente la cantidad de agua necesaria para regar su terreno, yo no tengo otra obligación que la de hacer las obras para que el agua fluya de la fuente y no se pierda por otro lado; en cambio, las obras para conducir el agua de la fuente al predio que haya de regarse, corren á cargo del propietario del mismo, el cual, cuando la posición de su predio lo requiera, deberá obtener, á su costa, de los propietarios intermedios y la fuente, el derecho de conducir por sus predios las aguas mediante el canal adecuado. Si, por el contrario, el agua se toma de un canal de distribución, en ese caso el punto de entrega es el orificio de derivación, y así las obras que se refieren, tanto á la introducción de las aguas en el canal, cuanto á su con-

ducción al orificio de derivación, corren á cargo de quien concede el agua.

466. Puede ocurrir que después de concedida el agua en una cantidad dada ó para determinados usos resulte escasa; es preciso examinar este hecho con respecto á las relaciones entre el que la ha cedido y los concesionarios, y á las relaciones de los diversos concesionarios entre sí.

Si la escasez hubiera ocurrido por el que hubiera cedido el agua ó por un hecho ajeno que no le fuere imputable, no está obligado por el art. 650 al resarcimiento de los daños, pero sí lo está á una disminución proporcional del precio convenido por la concesión, y si éste se hubiere ya pagado debe restituir la porción correspondiente á la falta, teniendo en cuenta cuando la falta se observa si se trata de concesiones á plazo. Los que usan el agua tienen, sin embargo, siempre el derecho de exigir la indemnización de los daños de quien con su hecho fuere la causa de la falta del agua, y pueden en virtud del mismo art. 650 obligar al que la ha cedido á intervenir en el juicio, á fin de que les preste ayuda con todos los medios que están á su disposición, tanto por lo que se refiere á la prueba de los hechos, cuanto por lo que se refiere á rechazar las pretensiones de los terceros autores de aquéllos en el intento de obtener el resarcimiento de los daños. Cuando la falta de agua pueda atribuirse á culpa del que la cede, la cual puede consistir también en la omisión de las obras necesarias para contener las aguas y evitar su dispersión, no sólo está obligado á soportar una disminución proporcional del precio de la cesión, sino que debe también indemnizar á los que usan el agua, de los daños que á los mismos les produjere la falta.

Supuestos, sin embargo, varios concesionarios de una misma agua, ¿por quién deberá ser soportada la falta, salvo siempre el derecho respecto del cedente á una disminución del precio de concesión y á la indemnización de los daños, según los casos?

Los artículos 651 y 652 distinguen el caso en que la toma del agua se verifique en momentos distintos de aquel en que se efectúa simultáneamente.

Sean, por ejemplo, cuatro propietarios con derecho á tomar las aguas del canal general, pero de los cuales el uno ejercita tal derecho desde media noche hasta las seis, el segundo desde las seis hasta las doce, el tercero desde las doce hasta las diez y ocho y el cuarto desde las diez y ocho hasta las veinticuatro; la falta en este caso se soportará por cada intervalo y durante el tiempo de su ejercicio en que la falta ocurre. Si la falta fuere constante, será soportada, en el caso supuesto, en iguales proporciones por los cuatro interesados, pero si se verificase en algunas horas tan sólo del día siendo mínima en unas y máxima en otras, en tal supuesto la falta corre á cargo del interesado en cuyo período ocurra.

Supongamos ahora que el uso del agua se efectúa simultáneamente, y para mayor claridad imaginemos el caso en que cinco propietarios tengan el derecho de tomar de un canal común, cien litros de agua á razón de veinte cada uno en el mismo tiempo. Si ocurre que el agua disminuye, v. gr., de ciento setenta litros, ¿deberá la falta soportarse por partes iguales por todos los interesados?

Parece este el temperamento más equitativo; pero el legislador no lo ha aceptado por considerarlo ocasionado á litigios de difícil solución, y así ha aceptado otro criterio.

Atiende en primer lugar al título ó posesión más reciente de cada interesado, disponiendo que la falta corra siempre á cargo de aquel ó aquellos cuyo título ó posesión sean de más reciente fecha.

Esta disposición se funda en el principio según el cual las concesiones posteriores se entienden hechas sin perjuicio de las anteriores.

En la hipótesis que hemos supuesto, el primero, el segundo y el tercer concesionario no soportarán falta alguna, la cual corre á cargo parcial del cuarto, que en lugar de veinte litros sólo tomará diez, y á cargo total del quinto, que no tomará nada. El que ha cedido el agua debe á estos últimos la disminución proporcional del precio de concesión y la indemnización si estuviere en culpa; y si la falta hubiere ocurrido por hecho de otro, es aplicable lo dispuesto por el art. 650.

Si la fecha del título ó la posesión fuese la misma para todos los interesados, la falta se soportará por el último ó últimos que la usen, esto es, por los que están más lejanos de la toma del canal general con la salvedad á favor de los mismos del derecho á la disminución del precio y á la indemnización de los daños. Volviendo al caso que hemos supuesto, el primero, segundo y tercer interesado, que son los más próximos á la toma de agua, no soportan, en manera alguna, la falta, el cuarto la soporta en parte, y el último, esto es, el más lejano, la soporta por entero sin poder reclamar de los demás ninguna cantidad de agua.

467. Otra aplicación de las reglas generales expuestas al principio de este capítulo, hace al legislador con respecto á la servidumbre de desagües ó sobrantes que interesa al desenvolvimiento y fomento de la agricultura y de la industria.

Supone el art. 653 el caso en que el agua sea concedida, reservada ó poseída para uso determinado, pero con la obligación de restituir al que la ha cedido ó á otros lo que sobre.

Las palabras empleadas por la ley *concedida, reservada ó poseída*, se refieren al modo de la adquisición del agua, y el legislador ha creído oportuno recordarlas aquí, para hacer ver que cuanto dispone respecto de la servidumbre de que tratamos, se aplica siempre sea cual fuere el modo con que el agua se ha adquirido.

Se dice el agua concedida cuando por convención ó por disposición se ha adquirido; se considera reservada cuando al vender, donar ó legar el predio de que forma parte el agua á otro, el vendedor, el donante ó el testador hubieren excluido de la venta, donación ó legado, el agua: finalmente, es agua poseída aquella á que se tiene derecho en virtud de posesión, con los requisitos necesarios para establecer la prescripción en favor del poseedor.

Supone, por otra parte, la ley, que el agua está concedida, reservada ó poseída para un determinado uso; porque si el agua se poseyese para usos indeterminados no habría criterio posible para establecer cuál y cuánta es el agua sobrante, y porque precisamente este es el caso en que se suscitan los litigios que el legislador debe prevenir. Con esto no se excluye, claro es, la servidumbre de que tratamos, aun en el caso de que el uso del agua no sea determinado, porque cuando esto ocurra, la cuestión se regulará por las disposiciones generales del derecho y no por las que el legislador señala en el artículo que examinamos y los siguientes. En su virtud, mientras el poseedor del agua pueda hacer de ella un uso razonable cualquiera

empleándola toda, no hay derecho á los sobrantes; la servidumbre sólo surge cuando se abusa del agua con el objeto de perjudicar á quien debe tener los sobrantes. Del propio modo, sin que el uso del agua esté determinado, puede fijarse la cantidad que se debe restituir; en tal caso, es claro que debe restituirse siempre la cantidad estipulada, aun cuando la restante fuere insuficiente para el objeto que se posee.

Aclarado de esta suerte el caso que el legislador regula, esto es, aquel en que se posea el agua para un uso determinado y con la obligación de restituir los sobrantes, veamos cuáles son las obligaciones y los derechos del poseedor del agua.

468. Las obligaciones que la ley le impone son dos: la primera consiste en mantener el uso para que el agua se tiene ó se posee sin que éste pueda ser variado en perjuicio del predio sirviente (art. 653). Si yo, pues, poseo el agua para mover una fábrica, no puedo servirme de ella para regar mi predio cuando esté obligado á la restitución de los sobrantes, y viceversa, el agua que poseo para regar no puedo destinarla á fuerza motriz de una fábrica. Debe advertirse que estos cambios de uso no pueden hacerse cuando se origine algún daño al derechohabiente de los sobrantes, pues si éstos no experimentasen ningún perjuicio y pudieran seguir gozando de la misma cantidad de agua que antes, no hay motivo para impedir al poseedor del agua los cambios referidos.

La segunda obligación la impone el art. 654, el cual dice: «El propietario del predio obligado á la restitución de los sobrantes del agua, no podrá desviar una parte de ella pretextando haber introducido una mayor cantidad ó una nueva masa de agua, sino que debe dejarla correr á favor del predio dominante.»

El objeto de esta disposición es evitar los litigios que podrían suscitarse sobre la mayor ó menor cantidad de agua introducida ó empleada en otros usos. Por tanto, quien quiera introducir otra agua en su predio para usos distintos, no debe unirla á la obligada restitución de los sobrantes, sino que debe tenerla separada siempre para que se vea si el agua cuyo sobrante debe restituirse se emplea ó no en otro uso distinto de aquel para que se concedió, reservó ó posee.

La disposición del artículo que examinamos es absoluta y aplicable aun en el caso en que no hubiera sobrantes; así, si introducida otra cantidad de agua los hubiera, deben ser restituidos. Toda vez que si hoy no hay sobrante puede haberlo mañana, ya por aumento en la cantidad de agua, ya por disminución en la que se usa, y quien tiene derecho al mismo no puede ser privado de él porque el que la usa haya unido una nueva fuente á la gravada con el peso de la restitución de los sobrantes.

469. Los derechos del poseedor del agua cuyo sobrante debe ser restituido, se regulan por las dos normas siguientes: La una, según la cual la servidumbre de los sobrantes ó desagües no priva al propietario del predio sirviente del derecho de usar libremente del agua en beneficio de su predio, de cambiar en él el cultivo y de abandonar en todo ó en parte el riego (art. 655). La otra dispone que el mismo propietario puede librarse de semejante servidumbre, mediante la concesión garantida al predio dominante de una masa de agua cuya cantidad será determinada por la autoridad judicial, teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 656).

Para formarse una idea exacta de las dos re-

glas indicadas, es preciso tener presente que la servidumbre de que se trata no tiene una existencia absoluta, sino que depende del hecho del riego del predio para quien son los desagües, y del otro del sobrante de una cantidad de agua y del uso para el que la misma se puede emplear. Se comprende, pues, que el propietario del predio obligado á la restitución de los sobrantes no viola el derecho que se tiene respecto de los mismos, cuando abandona el riego y no permite al agua penetrar en su predio. En cuanto el riego del predio que debe los sobrantes cesa, cesa también el derecho de exigirlos.

El derecho que tiene el propietario del predio sirviente de usar libremente de las aguas en beneficio de su predio, concuerda con la obligación que le impone el art. 653, de no variar el uso del agua en perjuicio del predio dominante. En su virtud, si la concesión del agua que yo tengo se ha hecho para regar todo mi predio indistintamente, podré dedicar el mismo á cualquier género de cultivo, aun cuando éste exija mayor cantidad de agua. Si, en cambio, yo tengo el agua para regar una parte sólo de mi predio, no podré emplearla para la otra parte, disminuyendo el sobrante á que tiene derecho quien de mí debe recibirlo.

Con relación á la segunda regla, observaremos que una vez determinada la cantidad de agua concedida para librarse de la servidumbre de restitución de los sobrantes, se debe siempre é invariablemente la misma cantidad, aun cuando la masa de agua de que se usa disminuya andando el tiempo. Porque ya se haya fijado la cantidad de agua por convenio, ó bien esté determinada por la autoridad judicial por virtud de la contienda entre las partes, en uno y otro caso hay una verdadera transacción, que no puede rescindirse al ar-

bitrio de una de las partes y á causa de hechos posteriores. En esta transacción ocurre, como es natural, que así como aprovecha al propietario del predio sirviente la mayor cantidad de agua en caso de aumento, así debe ir en su daño exclusivo la disminución. Sin embargo, si la disminución fuese tal que el agua no alcanzase ni aun la cantidad que debe darse á quien tenía derecho á los sobrantes, en ese caso, si el hecho no ocurriese por culpa del propietario del predio sirviente, éste no estará obligado á indemnización alguna respecto del propietario del predio dominante, toda vez que en la concesión de una determinada cantidad de agua va implícita la condición de que esta cantidad de agua se tenga efectivamente.

470. Por último, la ley, para favorecer los intereses de aquellos que tienen derecho á la derivación ó al uso del agua, así como al saneamiento y desecación de los terrenos, autoriza la formación de sociedades con el objeto de ejercitar y defender los intereses comunes (art. 657). La formación de tales sociedades puede ser también ordenada por la autoridad judicial á petición de la mayoría de los interesados y oído sumariamente los demás cuando se trate del ejercicio, conservación ó defensa de los derechos comunes que no sean divisibles sin grave daño; en este caso, el reglamento propuesto y decidido por la mayoría debe someterse á la aprobación de la autoridad judicial (artículo 659).

Según resulta de estas disposiciones, la sociedad puede ser espontánea ó coactiva. Cuando sea espontánea, la ley no exige el concurso de condiciones especiales, porque *unusquisque est arbiter et moderator rei sue*; se limita tan sólo á prescribir que la adhesión de todos los interesados y el reglamento consten en

documento (art. 657). Este documento, no sólo sirve en este caso para procurar una prueba cierta de la constitución de la sociedad, sino también para determinar las condiciones y las reglas aceptadas por todos sus miembros.

Para la constitución de la sociedad coactivamente á que se refiere el art. 659 y que puede ordenarse por la autoridad judicial, se requiere el concurso indispensable de estos tres elementos: 1.º, que haya ejercicio de derechos comunes; 2.º, que la división de estos derechos no sea posible sin grave daño, y 3.º, que la petición de la sociedad sea hecha por la mayoría de los interesados.

Existe con relación á las aguas el ejercicio de los derechos, cuando, por ejemplo, cada uno de los que las usan tome el agua de una misma orilla, y cuando existe un conducto común por la desecación de varios terrenos. Si cada cual toma el agua de un manantial diverso y se sirve de un canal á propósito para el saneamiento, no hay intereses comunes ni comunidad de derechos, no pudiendo en su virtud prosperar la demanda para la constitución forzosa de la sociedad. Del propio modo, si diez interesados se sirven, verbi gracia, de una zanja común y otro próximo la tierra propia, este último no puede ser obligado á renunciar á ella y á servirse de la otra con el objeto de hacerlo formar parte de la sociedad.

Si los derechos fuesen divisibles sin grave daño, la constitución forzosa de la asociación no es admisible, porque la comunidad es siempre fuente de litigios, en vista de lo cual la ley, cuando puede evitarla, prefiere siempre la división. Lo que hay es que en la práctica será muy difícil que, tratándose de márgenes, canales, zanjas, etc., comunes, pueda haber lugar á la división

de los respectivos derechos entre los diversos interesados sin graves trastornos. De todas suertes, compete al magistrado examinar si, por acaso, la división puede hacerse cómodamente entre los diversos interesados.

Con relación al tercer elemento relativo á la propuesta de la sociedad hecha por la mayoría, puede preguntarse si se entiende aquí por mayoría el mayor número de los individuos interesados, ó bien la mayor suma de los intereses, aunque ésta esté representada por el menor número de las personas interesadas.

En nuestro concepto se debe entender el mayor número de los intereses con preferencia al mayor número de interesados.

En efecto; el art. 658 declara que, constituida la asociación, las decisiones de la mayoría tendrán su efecto de conformidad con el art. 578. Ahora bien; este artículo se encuentra en el título relativo á la comunidad, y se dispone en él que no hay mayoría de participantes sino cuando los votos que concurren á la decisión, representan la mayor entidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad. Si, pues, á quien representa la mayoría de los intereses corresponde tomar las decisiones después de constituida la asociación, también corresponde á la misma mayoría por idénticas razones pedir á la autoridad judicial la formación de la asociación coactiva.

471. Las disposiciones del Código á este propósito deben interpretarse relacionándolas con la ley sobre las asociaciones de riego, entre cuyas disposiciones interesa señalar la del art. 6.º que dice: « A las asociaciones que demuestran que la superficie de los terrenos regables no es inferior á veinte hectáreas se les puede conceder por decreto real la facultad de cobrar

con los privilegios y las normas fiscales la contribución de los socios»; siendo también notable otra disposición, en virtud de la cual se exceptúa por espacio de treinta años del impuesto territorial al aumento de renta de un predio, alcanzado en virtud del riego introducido por las asociaciones constituidas según la ley misma (art. 8).

La asociación está representada por su administración, y mediante ella por su presidente en los juicios, en los contratos y en todo acto que les interese. Así, pues, si uno de los socios hubiera pagado una cuota superior á la que le correspondiese, y quiere exigir el reembolso del exceso, no debe dirigir su demanda contra los interesados en particular, sino contra el presidente que representa la asociación misma (1).

Es preciso no confundir las asociaciones de que hablamos con aquellas que, en virtud de la ley de obras públicas, se constituyen coactivamente para ejecutar las obras de defensa á lo largo de un curso de aguas públicas, toda vez que estas dos asociaciones tienen fines distintos y están reguladas por leyes distintas (2).

---

(1) Consúltese á este propósito Sent. Trib. Apel. Lucca, 2 Febrero 1876. (*An.* X, 3. 136).

(2) Cons. Sentencia Trib. Cas. Turín, 8 Mayo 1872. (*An.* VII, 1. 109).

---

## CAPITULO XIII

### ACCIONES ORIGINADAS DEL EJERCICIO DE LA SERVIDUMBRE

**SUMARIO:** 472. Acción confesoria. Cuándo procede. A quién corresponde la prueba. Por quién y contra quién se propone.—473. Acción negatoria. Por quién y contra quién se propone. Peso de la prueba. A quién corresponde.—474. La acción posesoria no se admite con relacion á las servidumbres no aparentes y discontinuas no derivadas de título. Ni aun cuando se hubieran adquirido por prescripción bajo el imperio de leyes anteriores. Cuando la servidumbre se deriva de la ley, ésta equivale al título.—475. Si respecto de las servidumbres discontinuas y no aparentes no derivadas de un título, se admite la acción de reintegración en caso de despojo.—476. Respecto de cuál servidumbre se puede proponer la acción por denuncia de obra nueva.—477. Cuando la acción posesoria corresponde se puede proponer aun en el caso de que la servidumbre se ejercite con intervalos. En las servidumbres discontinuas y no aparentes derivadas de título, la acción posesoria se debe ejercitar de conformidad con el mismo. La acción posesoria puede proponerse aun contra el tercero que comete actos de perturbación.—478. Si la acción posesoria puede dirigirse respecto á las servidumbres negativas.—479. Si la acción posesoria procede siempre y en todo caso cuando la perturbación se someta por un tercero que pretenda tener derecho á la servidumbre.

472. Las acciones derivadas del ejercicio de la servidumbre pueden referirse ó al derecho en que la servidumbre consista, ó á la posesión de semejante dere-

cho. En la primera categoría se comprenden las acciones que en la escuela se llaman *confesoria* y *negatoria*.

La acción confesoria tiende á afirmar el derecho de servidumbre, haciendo que el magistrado reconozca que existe, con su sentencia. La afirmación solemne de un derecho hecho en juicio, supone dos cosas: la una, que el derecho realmente existe; la otra, que este derecho sea controvertido por alguno. De lo que se deriva, en primer lugar, que quien intenta la acción confesoria debe fundarse sobre el derecho de servidumbre que le corresponde, y debe, por consiguiente, suministrar la prueba, sin lo cual deben rechazarse sus pretensiones. Esta prueba no puede procurarse, según los términos de la ley; por donde, si se trata de servidumbre para cuya adquisición sea necesario el título, la demanda del actor debe ser rechazada, si no se acompaña el título, ó, en su defecto, el documento de reconocimiento. En segundo lugar, la acción confesoria no puede ejercitarse si no se presenta algún hecho encaminado á contradecir la existencia de la servidumbre. Y como el interesado en no reconocer la servidumbre es el propietario del predio sirviente, el hecho de que se trata debe ser obra suya ó de quien obra en su nombre ó quien lo represente. Si la perturbación en el ejercicio del derecho depende del hecho de un tercero, se puede proceder contra el mismo para obtener la indemnización de daños, pero no con la acción confesoria, porque en semejante juicio el tercero no puede ser un contradictor legítimo.

Que el ejercicio de la acción confesoria corresponde al propietario del predio dominante no puede haber duda, por ser quien tiene principal interés en conservar la existencia de la servidumbre; pero también puede ser promovida por el usufructuario, el usuario

ó el derechohabiente de habitación, porque en el ejercicio de la servidumbre se comprende en el usufructo y en el uso; y, por otra parte, comprendiendo á las personas indicadas el derecho real sobre el predio, puede muy bien obrar con el objeto de ejercitar la servidumbre, que se considera como un accesorio ó dependencia de éste. El arrendatario, en cambio, como no tiene ningún derecho real sobre el predio, aunque tenga personalmente obligado al propietario á permitirle recoger los frutos y apropiárselos, no puede ejercitar semejante acción, pero debe dirigirse contra el dueño del predio arrendado, para que lo ponga en situación de ejercitar la servidumbre constituida en beneficio del predio.

Quien tiene legítimo interés en impugnar la existencia de la pretendida servidumbre, es el propietario del predio sirviente; por tanto, sólo contra él se debe proponer la acción confesoria. Si ésta se hubiere producido contra el tercer tenedor del inmueble que se pretende sujeto á servidumbre, y el propietario lo reivindicada más tarde, la sentencia que afirma la existencia de la servidumbre, no puede causar estado respecto al mismo, porque el tercer poseedor no tenía el derecho de disponer del predio y no podía, por tanto, representar en juicio al propietario del mismo. Si la sentencia, por el contrario, hubiera desconocido la existencia de la servidumbre, puede muy bien aprovechar al propietario que ha reivindicado el inmueble y oponerla á las nuevas pretensiones que contra él se produjeran, por cuanto es libre de aceptar y sancionar cuanto por el tercer tenedor se ha hecho en interés del predio.

473. La acción negatoria, como el mismo nombre indica, se encamina á hacer reconocer la libertad del

predio y por ende á rechazar la servidumbre que otro pretende ejercitar sobre el mismo.

Se debe proponer esta acción por el propietario del predio que se quiere declarar libre contra el propietario del predio en cuyo provecho se pretende ejercitar la servidumbre. El usufructuario y el usuario pueden también proponer la negatoria, porque correspondiéndoles un derecho real sobre el predio, pueden exigir que los terceros no atenten contra él, ejercitando indebidamente una servidumbre que limita el uso y el goce del predio.

Se cuestiona si en el ejercicio de la negatoria el peso de la prueba incumbe al actor ó al demandado. Conocida es la teoría de ciertos intérpretes del derecho romano, según la cual, la prueba corre á cargo del actor si el demandado está en posesión de la servidumbre que pretende, y á cargo de este último si el actor se encuentra en posesión de la plena libertad de su predio.

Esta doctrina no puede adoptarse en el derecho patrio. Porque, aparte la consideración de que con relación á muchas servidumbres como las no aparentes y las discontinuas, la posesión no es válida dada su incapacidad para la prescripción, no se puede confundir la posesión con el derecho, por poder ser la una independiente del otro. La libertad del predio se presume, porque es una consecuencia del derecho de propiedad sobre el mismo; el actor, pues, tiene en el ejercicio de la negatoria á su favor la presunción, y en su consecuencia, no es él, sino quien combate tal presunción, el que está obligado á suministrar la prueba (1). Si la exis-

---

(1) Consúltese en este punto. Sent. Trib. Cas. Florencia, 27 Noviembre 1871 (*Annali*, V, 1411)

tencia de la servidumbre no fuese impugnada por el actor y pretendiese éste que la misma se había extinguido á causa del no uso por treinta años, en ese caso le corresponde probar la prescripción, porque esta es una excepción contra el derecho ajeno que se reconoce subsistente y corresponde siempre á aquel que quiere rechazar un derecho reconocido procurar la prueba de la excepción que le combate.

474. La jurisprudencia patria está conforme en considerar que, con respecto á las servidumbres no aparentes y á las discontinuas, no es admisible el ejercicio de la acción posesoria, si aquéllas no resultan de título (1). Esta teoría está en perfecta armonía con el espíritu de la ley. En efecto; en las servidumbres no aparentes ó discontinuas la posesión no tiene por sí misma valor jurídico, por ser incapaz de establecer la prescripción. Sólo tiene un valor cuando las servidumbres indicadas dependen del título, porque en ese caso sirve para indicar el ejercicio de un derecho, no de actos de mera tolerancia.

Si la servidumbre no aparente ó discontinua tuviese como fundamento la simple posesión adquirida por el imperio de las leyes anteriores, no puede la misma dar lugar á la interposición de la acción posesoria después de la publicación del Código civil. Porque no debe confundirse el derecho con el ejercicio del mismo. La ley declara expresamente en las disposiciones transitorias del Código civil, que el derecho adquirido de las servidumbres está regulado por las leyes anteriores bajo el imperio de las cuales la adquisición se hubiese

---

(1) V. Cas. Florencia, 6 Marzo 1876.—Cas. Nápoles, 25 Abril 1868.—Cas. Turín, 18 Mayo 1860; 18 Marzo 1881; 1.º Junio 1882 y 31 Dic. 1883.

hecho: lo que quiere decir que la nueva ley reconoce un derecho sancionado por la ley anterior; pero el ejercicio del derecho, cuando la ley no disponga otra cosa, está regulado por la ley vigente en el tiempo en que el ejercicio se efectúa y no por la vigente en el momento en que el derecho se adquirió: refiriéndose, pues, las acciones posesorias al ejercicio del derecho de servidumbres, es evidente que la admisión de las mismas debe hacerse depender de las nuevas leyes y no de las anteriores (1).

Cuando la servidumbre se deriva de la ley, esta equivale al título, y la acción posesoria se admitirá, según esto, aun cuando se trate de servidumbre discontinua ó no aparente. En efecto; la disposición legal imprime á los actos de posesión el mismo carácter que tienen cuando se ejercitan fundadas en un título. Una y otra rechazan que los actos ejercitados deban comprenderse entre la de mera tolerancia, y ambos, por lo tanto, dan vida á una posesión de naturaleza sostenible (2).

475. Excluida la acción para sostener con respecto á las servidumbres discontinuas ó no aparentes, no derivadas, ni de título, ni de la ley, ¿podrá estimarse admisibles respecto de la misma la acción de *reintegración*—ó recobrar—la posesión, que se ha perdido por virtud de un despojo?

El Tribunal de Casación de Nápoles (3), que sostiene la afirmativa, dice lo siguiente:

---

(1) V. Cas Nápoles. 27 Febrero 1872.—Cas. Florencia, 22 Diciembre 1870.—Cas. de Turín. 14 Setiembre 1868 y 16 Julio 1875.—Cas. Florencia, 4 Agosto 1881.

(2) Cas. Nápoles, 15 Feb. 1868; 22 Set. 1875 y 24 Abril 1884.

(3) Sent. 18 Marzo 1874.

«Son dos procedimientos muy diferentes; la reintegración en la posesión en caso de despojo (se dice por el art. 697 del Código) no excluye el ejercicio de las otras acciones posteriores de parte de todo poseedor legítimo. En suma: la de reintegración pertenece en general á la familia de las acciones posesorias; pero en especial se separa del privilegio concedido á la posesión, cualquiera que ella sea, por el buen fin de proteger más rigurosamente á la personalidad que está más comprometida.»

Esta doctrina, combatida por otra sentencia (1), no nos parece aceptable. Si, en efecto, la de retener no puede admitirla por defecto de posesión jurídica, tampoco puede decirse que haya *despojo* de una posesión que la ley no reconoce. En suma: la posesión, respecto de las servidumbres no aparentes y discontinuas que no dependen de título ó de la ley, no tienen ningún valor jurídico; por lo cual falta el objeto del despojo, con lo cual fácilmente se comprende que la *reintegración* no puede admitirse.

476. La acción ó interdicto de denuncia de obra nueva, la consideramos proponible con respecto á aquellas servidumbres respecto de las cuales puede producirse la acción posesoria. Aun cuando, en efecto, la acción de denuncia de obra nueva sea de índole muy especial, pues participa al propio tiempo de la *posesoria* y de la *petitoria* (2), sin embargo, no puede producirse con respecto á las servidumbres discontinuas y no aparentes, que no dependen de título ó de la ley, por la razón evidente de que si los actos relativos al ejercicio de tales servidumbres no dan lugar á una po-

---

(1) V. Cas. Turín, 10 Abril 1872; Cas. Palermo, 5 Diciembre 1874.

(2) V. su *Com. Cod. proc. civ.*, vol. I, n. 103 y sig.

sesión jurídica, tampoco pueden crear un derecho que merezca ser tutelado por la ley.

477. Cuando se trata de servidumbre continua y aparente, se admite la acción posesoria, aun cuando la servidumbre no se ejercite sino por intervalos, como puede ocurrir con la relativa al acueducto ó la toma de agua (1).

Tratándose de servidumbres no aparentes ó discontinuas resultantes de un título, se admite el ejercicio de las acciones posesorias, aunque siempre de conformidad con el título, y dentro de los límites por el mismo establecidos, porque los actos de posesión no pueden nunca ampliar una servidumbre no aparente ó discontinua, establecida en virtud de un título.

«Los actos posesorios, dice á este propósito el Tribunal de Casación de Turín (2), que no son conformes al título y traspasan las admisiones explícitas y circunscritas por el propietario del predio sirviente, en cuanto tienden á modificar de una manera esencial la servidumbre, ya sea con el objeto á que se refiere, ya con relación al tiempo de su ejercicio, ya respecto del lugar de su prestación, se presumen siempre ejercitados precariamente y por motivos solo de buena vecindad, sin que nunca se pueda ofrecer la prueba de que fueran ejercitados como consecuencia de un derecho correspondiente al propietario del predio dominante.»

La acción posesoria, cuando procede, no sólo puede ejercitarse contra el propietario del predio sirviente que verifica actos perturbadores, sino también contra el tercero que con sus obras, aunque hechas sobre el predio sirviente, impida ejercitar la servidumbre, dado

---

(1) V. Cas. Nápoles, 15 Feb. 1876.

(2) Sent. 26 Nov. 1875.

que el que la usa tiene derecho á exigir que nadie ponga obstáculos á que los actos posesorios sean ejercitados (1).

478. ¿Proceden las acciones posesorias con relación á las servidumbres negativas, que por su naturaleza son todas no aparentes cuando no resultan de título?

Es preciso mantener la negativa como regla general, no sólo en virtud á los principios establecidos, sino también porque, consistiendo aquéllas en prohibir al propietario del predio sirviente hacer alguna cosa en su predio, no puede tener lugar una posesión material (2).

Sin embargo, cuando hubiese mediado un acto formal de prohibición, desde cuya fecha, según dispone el art. 634, comienza á computarse la posición útil para la prescripción, opinamos que la acción posesoria debe admitirse, porque el acto de oposición da valor jurídico á la posesión, la cual por esto puede mantenerse.

479. Si la contienda no se plantea entre el propietario del predio sirviente y el del predio dominante, sino entre el que use la servidumbre y un tercero, ¿puede admitirse el ejercicio de la acción posesoria, aunque se trate de servidumbre no aparente ó discontinua no fundada en un título?

Supongamos, para mayor claridad, un caso práctico: yo estoy en posesión de una toma de agua de la fuente de Ticio, sin obras aparentes. Cayo pretende tener derecho al agua y la toma para conducirla á su predio; ¿puedo yo impedir que Cayo me perturbe,

---

(1) V. Cas. Turfín, 13 Marzo 1871.

(2) V. Cas. Turfín, 23 Jun. 1872.

merced á la oposición de la acción posesoria de retener ó de recobrar?

No vacilamos en responder que sí. Porque si mi posesión, frente al propietario del predio en que la fuente se encuentra, no es jurídica, porque puede tener su razón de ser en la tolerancia que es usual en las relaciones de buena vecindad, respecto de tercero, ante el cual no estoy obligado en manera alguna á justificar mi posesión, esta posesión se convierte en legítima y sostenible, por lo que en caso de perturbación ó despojo puede hacer valer como remedio los interdictos posesorios que la ley me concede (1).

---

(1) V. Trib. Cas. Turín, 24 Julio, 1872. *Annali*, VI, I, 332).

---

## CAPITULO XIV

### EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE

**SUMARIO:** 480. De qué causas de extinción se habla en este capítulo.—481. Primera causa: imposibilidad de usar de la servidumbre. Si se comprende también el caso en que la servidumbre no tenga ya utilidad alguna.—482. La imposibilidad del uso no extingue el derecho de la servidumbre, sino que sólo suspende su ejercicio.—483. A quién se debe atribuir el hecho que hace imposible el uso de la servidumbre. *Quid* si se trata de fuerza mayor.—484. Restaurado el anterior estado de las cosas, vuelve á ejercitarse la servidumbre si no hubieran transcurrido los treinta años. Cómo se computan éstos en este caso.—485. Segunda causa de extinción de la servidumbre. Reunión de los dos predios en una misma persona. Concepto de esta extinción.—486. Es indiferente el modo, según el cual la confusión se efectúa. Es necesario, sin embargo, que se refiera á la propiedad, no á otros derechos.—487. *Quid* si la reunión de los dos predios no se efectúa en la totalidad de los mismos.—488. Si deshecha la reunión, reviven las servidumbres.—489. Tercera causa de extinción. Prescripción. Se refiere á toda clase de servidumbres.—490. La prescripción tiene lugar cuando no se hubiere usado la servidumbre.—491. No es necesario que para impedir la prescripción el ejercicio de la servidumbre se haga directamente por el que á ella tiene derecho. Tiempo necesario para la prescripción.—492. Cómo se cuenta el término. Diferencia entre servidumbres continuas y discontinuas. Razón de la misma. Ejercicio de la servidumbre por intervalos. Obras contrarias al ejercicio. Carácter de las mismas.—492 bis. Servidumbre de toma de agua. Vestigios de obras. Impedimento para la prescripción.—493. Indivisibilidad de la servidumbre. Consecuencias que se derivan respecto de la exclusión

de la prescripción cuando sean varios los copropietarios del predio dominante.—494. Prescripción del modo de la servidumbre. Teoría romana Teoría moderna. Cuál es preferible.—495 Si el tiempo y el lugar en que se usa de la servidumbre se refieren al modo de su ejercicio.

480. Al tratar de las causas que extinguen la servidumbre, limitaremos nuestro examen á las causas especiales prescritas por la ley, sin ocuparnos con las otras que se refieren á la pérdida de cualquier derecho, como son la expiración del término establecido por la concesión, la resolución ó rescisión del contrato, la renuncia, etc., etc., toda vez que estas causas de extinción de los derechos obedecen á reglas generales, que en su lugar expondremos.

481. Las servidumbres, dice el art. 662, cesan cuando las cosas se encuentran en tal estado que no es posible hacer uso de ellas. Puede esto ocurrir, tanto por la imposibilidad en que el propietario del predio dominante se encuentra para poder ejercitar la servidumbre, como porque la misma ya no sea útil ó provechosa para el predio dominante.

Acaece el primer caso, v. gr., si se destruyese el edificio desde el cual se ejercitaban las vistas directas sobre el predio vecino, ó si se hubiese agotado la fuente de la cual se tiene derecho á tomar el agua, etc. El segundo caso puede suscitar dificultades tanto en derecho como en la práctica, que procuraremos estudiar y resolver.

En primer lugar puede preguntarse: el art. 662 no habla más que de la imposibilidad de usar de las servidumbres; pero una servidumbre que no preste servicio alguno no resulta por esto imposible de usar; ¿cómo, pues, cabe afirmar que la cesación de la utili-

dad se comprende en lo dispuesto por el artículo que examinamos?

Téngase en cuenta que las servidumbres existen para un objeto determinado, sin el cual el legislador no permitía que el derecho ajeno de propiedad sufriese ningún género de limitación. El objeto á que nos referimos no es sino el beneficio de la agricultura y de la industria, el desenvolvimiento de las cuales, por interesar poderosamente á la sociedad, han movido al legislador á tomarlo bajo su protección y sacrificarle un interés particular. Desde el momento, pues, en que el objeto desaparece, la servidumbre, según el concepto que la ley da de la misma, no tiene efecto, porque el derecho de propiedad privado, no puede ser restringido ó limitado ente un interés que ya no existe. Ahora bien; si la servidumbre no puede continuar manteniendo el carácter que la ley la ha dado, es evidente que no puede hacerse de ella el uso único que justifique su existencia; por todo lo cual, el caso de que tratamos está bien comprendido en lo dispuesto por el art. 662.

Pero ¿cuándo puede en la práctica estimarse que ha cesado totalmente el objeto ó provecho que con la servidumbre se busca?

Es esta una indagación en la cual procederá el magistrado con gran cautela y circunspección, toda vez que se trata de declarar extinguido un derecho ya adquirido, y puede correrse el peligro de privar á la agricultura ó á la industria de un beneficio, que acaso obtenga aún, del ejercicio de la servidumbre.

Supongamos que el prado, para el riego del cual se tiene derecho á derivar el agua, se haya convertido en viñedo ó en bosque: la servidumbre deberá estimarse que ha cesado si la cantidad de agua de que se podía

disponer no puede, á juicio de peritos, producir beneficio al bosque ó al viñedo; pero si puede hacerse uso de la misma para regar durante el verano los arbolillos jóvenes, ó para obtener cualquier otra utilidad, la servidumbre deberá estimarse que persiste y que, por tanto, no se ha extinguido. Si, en cambio, mi prado hubiera sido arrasado por la violencia de las aguas y no hubiera quedado ningún terreno cultivable, el juez declarará terminada la servidumbre.

No multiplicamos los ejemplos por no alargar demasiado estas consideraciones, bastándonos repetir que en todo caso práctico que se presente en materia de cesación de servidumbres, no puede ésta considerarse extinguida si la utilidad ó el beneficio subsisten, aunque sea en menores proporciones.

482. Es necesario, sin embargo, formarse un concepto exacto con relación á semejante modo de extinguirse las servidumbres. La imposibilidad de ejecutar la servidumbre, ¿hace quizá perecer el derecho á la servidumbre misma?

Cualquiera comprende la gran diferencia que media entre el derecho y su ejercicio, y fácilmente se comprende también, que el derecho puede subsistir independientemente de su ejercicio, y que por esto la imposibilidad relativa á este último no puede reducir á la nada al derecho mismo.

Verdad es que en el art. 663 se dice que las servidumbres reviven si las cosas se restablecen de modo que pueda de nuevo hacerse uso de ellas; pero este *revivir* de la servidumbre podría implicar la idea de que antes se había extinguido. No hace falta, sin embargo, gran esfuerzo para comprender que la expresión empleada por la ley no es exacta, y que, por tanto, no puede tomarse con todo rigor. Si un derecho,

en efecto, se ha extinguido, ¿cómo hacerlo revivir? Surgirá, sí, un nuevo derecho, pero ya no será aquel que ha dejado de existir, porque lo que muere no puede tener ya vida. Ahora bien; si el derecho, como la ley dice, *revive*, esto quiere decir que no se ha extinguido, que sólo se ha suspendido su ejercicio, y que éste vuelve cuando el nuevo estado de cosas lo consienta.

Y este concepto resulta evidente de las otras palabras que se leen, en el mismo art. 663, el cual dice: *salvo si hubiese transcurrido un espacio de tiempo suficiente para extinguir la servidumbre*. Si, pues, después de haber cesado el ejercicio de la servidumbre, el derecho á la misma es prescriptible con el transcurso del tiempo establecido por la ley, esto quiere decir que el derecho no se ha extinguido, porque no puede volverse á extinguir por medio de la prescripción, un derecho que ya está extinguido por otra causa.

483. La servidumbre cesa de ejercitarse por ser imposible su uso, sea cual fuere el hecho que haya dado lugar á la misma y sea cual fuere su autor.

Si el propietario mismo del predio sirviente hace que su fuente se agote y el agua se pierda, cesa el ejercicio de la servidumbre correspondiente, aunque está obligado á garantizar al propietario del predio dominante por la pérdida que se le originare por el no uso del agua causado con su dolo ó por su culpa.

Y no se diga que el hecho ajeno arbitrario no puede privar á un tercero del derecho que le corresponda, porque aqui no se trata, según antes ya hemos notado, de la pérdida del derecho, sino de la suspensión de su ejercicio, la cual no se origina de un cambio experimentado en el derecho, sino del cambio ocurrido en el predio dominante ó en el sirviente, con el cual re-

sulta imposible armonizar el uso de la servidumbre.

Cuando el cambio fuese debido á la obra del mismo propietario del predio sirviente, no está expuesto sólo á los daños, sino que puede ser obligado por el propietario del predio dominante, á poner las cosas en las condiciones en que estaban cuando la servidumbre se ejercitaba. Si en el cambio no hubiese culpa por parte del propietario del predio sirviente, quien tiene derecho á la servidumbre no puede obligarle á poner las cosas *in pristinum*, porque el peso de la servidumbre no se extiende hasta obligar al propietario del predio sirviente á hacer ninguna cosa, y por otro lado, en este caso no hay, como en el anterior, un hecho efectuado voluntariamente, del cual se origina la obligación de volver las cosas al estado que antes tenían.

484. Ya hemos dicho que, según el art. 663, las servidumbres renacen si las cosas se restablecen de modo que puedan aquellas usarse, salvo si hubiera transcurrido un espacio de tiempo suficiente para extinguir las servidumbres. Es preciso ahora determinar cuál es este espacio de tiempo suficiente, en el caso de que se trata, para hacer prescribir el derecho á la servidumbre.

El art. 666 declara que la servidumbre se extingue cuando no se la usa por espacio de treinta años. El artículo siguiente, 667, dispone que el término de treinta años, si se trata de servidumbre discontinua, comienza á discurrir desde el día en que se ha cesado de usar, y si se trata de servidumbre continua, desde aquél en que se ha hecho un acto contrario á la misma. Esta distinción, ¿es aplicable con respecto á la prescripción del derecho de servidumbre, cuyo ejercicio se haya hecho imposible? En otros términos: ¿deberá considerarse que el tiempo necesario para

que tal prescripción se cumpla comienza á discurrir desde el día del cambio efectuado, cuando se trate de servidumbre discontinua, ó desde el día en que se ha hecho el acto contrario á la servidumbre, si ésta fuese continua?

Antes de responder directamente á la cuestión, permítasenos una observación. Es un principio el que *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ahora bien; si un cambio ocurrido en el estado de las cosas pone al que use de la servidumbre en la imposibilidad de ejercitarla, ¿cómo es que, no obstante esto, la prescripción corre contra él? Ocurre esto, á nuestro modo de ver, porque la existencia del derecho de servidumbre esté subordinada á una condición, á la de que la misma sea útil al predio á beneficio del cual se ha impuesto. Por tanto, si el predio ha estado durante treinta años sin tener beneficio de la servidumbre, y su propietario no se ha cuidado en este período, hartamente largo, de tiempo, de poner las cosas en condiciones tales, que le permitieran ejercitar la servidumbre, todo ello revela que la misma no es necesaria ó útil al predio, y por este motivo la ley hace que se extinga el derecho relativo á la referida servidumbre.

Y ahora pasemos á la cuestión.

No creemos que la disposición contenida en el artículo 667 sea aplicable á la prescripción de que trata el art. 663. Porque un acto contrario á la servidumbre, no siempre es posible cuando el ejercicio de la misma se haya hecho imposible.

Supongamos que tú hayas adquirido el derecho de derivar el agua que brota naturalmente y sin artefacto alguno, en el extremo de mi predio; si ocurre que la fuente se agota, ¿cómo es posible que yo, propie-

tario del predio sirviente, pueda hacer acto contrario á la servidumbre?

Es preciso, además, tener presente que la prescripción ordinaria de que se habla en los artículos 666 y 667, se refiere al caso en que el ejercicio de la servidumbre sea posible, y sin embargo, no se efectúe por quien á ella tiene derecho: ahora bien; aquella de que nos ocupamos se verifica cuando el ejercicio de la servidumbre no es posible. Los dos casos, pues, son diametralmente opuestos, y así, las reglas que convienen al uno no pueden convenir al otro. Por lo cual consideramos que los treinta años necesarios, para que la prescripción del derecho de servidumbre se cumpla, cuando no sea posible ejercitarlo, corren desde el día en que se ha efectuado el cambio que ha hecho imposible el uso de la servidumbre, y esto ya se trate de servidumbre discontinua, ya de servidumbre continua, toda vez que semejante distinción no tiene razón de ser en el caso presente.

485. Las servidumbres se extinguen, en segundo lugar, reuniéndose en una sola persona la propiedad del predio dominante y la del predio sirviente.

Estimamos que, por efecto de la confusión, no hay sólo cesación del ejercicio, sino también extinción del derecho mismo de servidumbre, porque cuando los dos predios, dominante y sirviente, se juntan en una misma persona, no ya es imposible el servicio que un predio presta al otro, toda vez que semejante servicio continúe prestándose, no obstante la reunión, sino que es imposible que el referido servicio se preste *jure servitutis*, porque *res sua nemini servit*, y por otro lado, todo lo que en su predio se hace con relación á otro no puede ser hecho más que *jure proprietatis*: por todo lo cual, en este caso desaparece el título de la servidum-

bre, no siendo, como ya no es, posible concebir su existencia.

Y no se opone á esta teoría lo que dispone el artículo 2.017, según el cual las servidumbres y demás derechos reales correspondientes al tercer poseedor sobre el inmueble, reviven después del abandono por él hecho, ó luego que tuviese lugar la venta en subasta contra él efectuada; porque en este caso el inmueble se considera como formando parte todavía del patrimonio del deudor que la enajenase: la venta se rescinde ante los acreedores hipotecarios, y por efecto de tal rescisión las cosas vuelven al estado y condición en que se encontraban, antes de que el inmueble se hubiese vendido al tercer poseedor.

486. Es indiferente el modo como la confusión se efectúa para los efectos del art. 664. Sea, pues, que el propietario del predio dominante se haga por venta, donación ó sucesión propietario del predio sirviente, ó bien el propietario de éste se haga propietario del predio dominante, ó que ambos predios pasen á pertenecer, por cualquier título, á un tercero, en todos estos casos, se verifica la extinción del derecho de servidumbre.

Adviértase, sin embargo, que es necesario que ocurra la confusión de los dos predios merced á la confusión de los dos derechos de propiedad: por lo que si una misma persona fuese propietario de un predio y usufructuario ó usuario del otro, la servidumbre continúa existiendo, porque el usufructo y el uso no pueden confundirse con el dominio.

Si los dos predios se encuentran reunidos en una misma persona, el uno por derecho de propiedad y el otro á título de enfiteusis, no creemos que la servidumbre se extinga, porque, aunque el enfiteuta tenga

una parte del dominio, queda aún otra á favor del dueño del directo, sobre la cual puede continuar existiendo el derecho de servidumbre.

487. Es preciso que la reunión de los dos predios sea completa para que la servidumbre se extinga, á menos que ésta no esté constituida más que sobre una parte del predio, ó en beneficio de una parte del predio dominante, y estas partes se encuentren reunidas en una misma persona. Si la servidumbre grava sobre todo el predio, y una parte de éste, á saber, aquella sobre la cual la servidumbre se ejerce, se reúne con el predio dominante, no puede considerarse extinguido el derecho de servidumbre con relación á la parte no reunida.

Supongamos, por ejemplo, que yo tenga la servidumbre de paso sobre el predio *b*, y que adquiera la parte en que se encuentra el camino por el cual yo paso: si luego necesito para el servicio de mi predio, de un camino más ancho y propio para vehículos, y éste no puede construirse sin grave molestia y gasto en la parte del terreno que yo he adquirido, tengo derecho á procurármelo sobre la restante parte del predio sirviente, sobre la cual aún grava el peso con respecto á mi propiedad.

488. Una vez que haya cesado la unión, ¿vuelven á surgir las servidumbres? No vacilamos en responder que no, porque el derecho, una vez extinguido, no puede volver á revivir. Es preciso, sin embargo, en este caso, tener en cuenta el destino del padre de familia; por lo que, si el propietario de los dos predios dejó las cosas en el estado en que las encontró, la servidumbre se adquiere por el adquirente, ó viceversa, se adquiere contra él, no porque la servidumbre exista, sino en virtud del destino del padre de familia; en

cambio, si aquél no mantiene el anterior estado de cosas, los predios pasan libres al nuevo adquirente (1).

489. El tercer modo según el cual la servidumbre se extingue es la prescripción.

Según el art. 666, la servidumbre se extingue si no se usa por espacio de treinta años. Mediante el no uso, ó la prescripción, se extingue toda servidumbre, tanto afirmativa como negativa, ya sea continua, ya discontinua, ya aparente, ya no aparente. ¿Por qué razón, se podrá preguntar, toda especie de servidumbre puede perderse con la prescripción, mientras no todas las servidumbres pueden adquirirse por ese mismo medio?

La razón, á nuestro modo de ver, debe inducirse de la distante relación en que se encuentran los actos de uso y el no uso con el derecho de propiedad. Mientras los actos de uso no demuestran toda la intención de querer imponer una carga sobre el predio ajeno, toda vez que puede esto atribuirse á mera tolerancia ó á relaciones de buena amistad entre vecinos, el no uso, por el contrario, implica siempre, sea cual fuere la servidumbre, un implícito abandono de ésta, y demuestra que el predio dominante puede prescindir del servicio que la servidumbre le presta; he ahí, en rigor, por qué todas las servidumbres se pierden en virtud de prescripción, y en cambio no todas pueden adquirirse por el mismo medio.

490. La extinción de la servidumbre por el no uso tiene lugar, tanto en el caso en que la misma se hubiere comenzado á ejercitar, como en el de que nunca se hubiere ejercitado. Por donde si yo te concedo el derecho de derivar el agua de mi fuente, y tú estás

---

(1) V. en este sentido *Apel. Perusa*, 26 Jul. 1884. *Racc.* XXXIII, II, 729.)

treinta años sin servirse de la concesión que yo te he hecho, tu derecho sufre el efecto de la prescripción y se extingue (1).

Los treinta años en este caso comienzan á contarse desde el día de la concesión, y no desde aquel en que se han terminado los trabajos necesarios para ejercitar la servidumbre; porque desde el momento en que el derecho se ha adquirido, puede hacerse cuanto sea preciso para ejercitarlo, y ese retraso prolongado denota negligencia y abandono presunto del derecho concedido. Suponiendo, pues, que te haya concedido el derecho de tener vistas directas sobre mi predio, este derecho prescribe si tú dejas transcurrir treinta años sin haber construido el edificio por medio del cual se ejercitaría la servidumbre.

Scría distinto el caso en que la concesión se hubiera hecho de suerte que hubiere de dar principio á partir de un tiempo dado. Así, si te dijese, te concedo la servidumbre de vistas directas cuando edificase sobre tu predio, ó te concedo la de tomar el agua de mi fuente dentro de cinco años, la prescripción no comienza á correr sino después que se haya construido, ó luego que hayan pasado los cinco años, porque antes de este término el derecho á la servidumbre no existía, y no podía ejercitarse.

491. No es necesario que, para impedir el curso de la prescripción, el uso de la servidumbre se haga directamente por el propietario, sino que basta que se haga por quien de él tenga causa, como el colono, el usufructuario, el arrendatario, etc., ó por quien se sirva de la servidumbre con autorización expresa ó tácita del propietario del predio dominante. Así, si yo

---

(1) Trib. Ap. Lucca, 30 Julio 1877.

jamás he pasado por tu predio, sobre el cual tengo derecho de paso, pero han pasado mis criados, mis huéspedes, etc., pues semejante uso es suficiente para impedir que la prescripción corra; porque el ejercicio hecho de la servidumbre, por personas que tienen mandato tácito ó expreso del derechohabiente á la misma, demuestra que éste quiere conservar su derecho, no abandonarlo.

El término exigido por la ley para el cumplimiento de la prescripción extintiva, se fija de un modo invariable, por el artículo que examinamos, en treinta años; por lo que cualquier otra prescripción más breve, regulada por las disposiciones del derecho común, no puede aplicarse en materia de servidumbres, porque lo que dispone el art. 666 tiene un carácter absoluto y no admite ninguna excepción.

492. Los treinta años exigidos para la prescripción corren, si se trata de servidumbre discontinua, desde el día en que se ha dejado de usar de ella, y si se trata de servidumbre continua, desde aquel en que se ha efectuado un acto contrario á la misma (art. 668).

La razón de la diferencia que el artículo establece, es clara. Las servidumbres discontinuas necesitan, para ser ejercitadas, del hecho del hombre; cuando no se usa de ellas, quiere decir que no se efectúa el hecho exigido para su ejercicio, y la falta de este hecho lleva implícito el abandono del derecho. Por el contrario, cuando la servidumbre es continua, se ejercita sin necesidad del hecho del hombre, de donde resulta que el abandono de la misma no puede inferirse sino de un hecho que está en oposición con el ejercicio mismo.

Respecto de las servidumbres discontinuas, el tiempo necesario para prescribir corre desde el día en que se ha dejado de usar de ellas, siempre y cuando, sin

embargo, que el propietario hubiera podido ejercitar la servidumbre cuando de ella no hacía uso; en otro caso es aplicable el principio de que *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Supongamos, en efecto, que yo tengo derecho á ejercitar la servidumbre por intervalos, y para poner un ejemplo, que tengo el derecho de tomar el agua en verano y no en invierno. En este caso el curso de la prescripción no puede comenzar desde el último verano en que yo he usado del agua, sino desde la siguiente estación estival en que podía ejercitar la servidumbre, y sin embargo, no la he ejercitado; porque en el periodo de tiempo transcurrido desde el último día de verano en que he usado el agua, y el primero del verano siguiente, yo no podía ejercitar la servidumbre.

La obra contraria al ejercicio de la servidumbre continua, puede provenir tanto del propietario del predio sirviente como del propietario del dominante, ó bien de fuerza mayor; porque en todo caso resulta siempre, que el que debe usar la servidumbre ha dejado de remover el obstáculo que al ejercicio de ésta se oponía, y ese descuido lleva implícito el abandono del derecho.

Es, sin embargo, necesario que la obra contraria sea aparente ó conocida del propietario del predio sirviente, porque en otro caso no puede de su ignorancia deducirse la aquiescencia; pero ¿es preciso además que sea permanente?

En nuestro concepto, no puede darse á la cuestión una respuesta absoluta, por depender de la índole de cada servidumbre, lo de fijar si la obra contraria al ejercicio de la misma debe ó no ser permanente (1).

(1) Trib. Ap. de Lucca, 30 Julio 1867; Trib. Cas. Florencia, 2 Abril 1868.

Si, por ejemplo, se trata de una servidumbre de vistas, la obra contraria á la misma, consistente en levantar un muro ó un edificio, debe, por necesidad, ser una obra permanente. Por el contrario, si teniendo tú la servidumbre de toma de mis aguas, yo las desvío para privarte de ellas, no es necesario que la desviación se haga merced á la construcción de una obra permanente.

Adviértase que la obra del hombre debe consistir en este caso en un hecho exterior contrario á la servidumbre; así, si en vez de verificar este hecho, yo te hubiese notificado una protesta, en la cual declare que no te corresponde el derecho de servidumbre sobre mi predio, semejante protesta es ineficaz para establecer, mediante el transcurso de los treinta años, la prescripción de una servidumbre continua, toda vez que, no obstante mi protesta, tú puedes ejercitar la servidumbre que te corresponde.

El acto contrario no se exige aunque se trate de servidumbre continua, cuando la prescripción corra por no haber hecho nunca uso de la servidumbre desde el día en que se hubiere concedido, porque no es posible efectuar un acto contrario á la servidumbre antes de que ésta se hubiese actuado ó ejercitado (1).

492 *bis*. La existencia de vestigios de obras con las cuales se practicaba una toma de agua, dispone el art. 669, no impide la prescripción; para impedirla se requiere la existencia y la conservación en estado de servirse del edificio mismo de la toma, ó bien del canal derivador. Dado, pues, que el derechohabiente de una toma de agua no use de ella, no puede sostener que la prescripción no corre contra él, únicamente-

---

(1) Trib. Ap. Lucca antes cit.

te porque se conservan los restos ó vestigios de las obras con las cuales la toma de agua se practicaba; porque la conservación de los restos de una obra no impide el no uso del derecho. Este no uso, sin embargo, se rechaza cuando la obra se ha conservado en estado de prestar servicio, porque la conservación de la misma es acto que se refiere al ejercicio de la servidumbre.

493. La servidumbre debida al predio es indivisible; así, pues, si son varios los propietarios del predio dominante, el uso que uno de ellos haga, es suficiente para impedir que corra la prescripción, y la servidumbre se mantiene en interés de todos (art. 671). Del propio modo, si la prescripción no puede correr contra uno de los copropietarios del predio dominante, porque es, por ejemplo, menor, tampoco corre contra los otros (art. 672).

*¿Quid juris*, sin embargo, es el predio dominante indiviso entre un menor y un mayor de edad, pertenece á este último en el acto de la división, y durante el tiempo en que el mismo se ha poseído en común, no se hubiera hecho uso alguno de la servidumbre?

Parece al pronto que el tiempo corrido debía computarse, para los efectos de la prescripción, toda vez que la división no es atributiva, sino declarativa de los derechos, y la parte que corresponde á cada uno de los copropietarios se considera que ha estado siempre en su dominio. Sin embargo, debe prevalecer la doctrina contraria, porque el derecho de propiedad no debe confundirse con el ejercicio del mismo.

La propiedad, sin duda, se considera como que siempre ha pertenecido á aquel á quien el predio ha tocado; pero esto no quita que, durante la comunidad, el ejercicio del derecho de propiedad haya pertenecido á

todos los copropietarios, por lo cual el mayor de edad puede aprovecharse, en gracia precisamente á la indivisibilidad de la servidumbre, de la condición del menor copropietario, la cual era el obstáculo para el curso de la prescripción con respecto á los demás copropietarios, por lo cual no comienza á correr contra él sino desde el día en que se hubiera efectuado la división.

494. Según dispone el art. 668, el modo de la servidumbre prescribe de la misma manera que la servidumbre misma.

Entiéndese por modo de la servidumbre, generalmente, su extensión. Una servidumbre de paso, v. gr., puede ejercitarse de varios modos, á pie, á caballo, ó con vehículos; de la propia suerte la servidumbre de tome de agua puede ejercitarse en una cantidad mayor ó menor de la poseída ó convenida, y en ambos casos hay diferencia de modo, en el ejercicio de la servidumbre misma.

Dado lo expuesto, el principio sentado por el artículo que examinamos, consiste en que si la servidumbre se ejercita por espacio de treinta años de un modo más limitado que aquel á que se tiene derecho, prescribe el modo más amplio de ejercicio conforme al título á la posesión.

Los romanos habían adoptado en este punto otra doctrina. Partiendo del principio según el cual las servidumbres son indivisibles, y aplicándolo rigurosamente, consideraban que el ejercicio parcial de la servidumbre era suficiente para conservar el derecho en toda su extensión.

En la práctica, sin embargo, consideramos preferible la doctrina moderna á la antigua. En efecto; las servidumbres no tienen, como varias veces se ha no-

tado, una existencia absoluta, sino subordinada á la utilidad ó beneficio que de ellas puede originarse para la agricultura ó la industria. Ahora bien; si la servidumbre se ha ejercitado por treinta años de un modo más limitado, esto indica que semejante ejercicio es suficiente para las necesidades del predio, y no hay así razón para conservar un derecho más amplio en daño de la propiedad ajena, y del cual, según demuestra la experiencia, se puede prescindir.

495. El tiempo en el cual la servidumbre se ejercita, no se comprende en el modo de ejercicio, pero puede dar lugar á una servidumbre distinta. Así, si yo he adquirido el derecho de tomar el agua en el verano, y la tomo en otra estación, no se puede decir que ejercite la servidumbre que se me ha concedido, sino que usa de otra distinta. Por lo que dispone el art. 670, que el ejercicio de una servidumbre en tiempo distinto del determinado en la convención, ó por la posesión, no impide la prescripción. En el caso antes supuesto, si yo he derivado durante treinta años el agua en una estación distinta, la servidumbre que ha adquirido en virtud de convenio prescribe, y no habré adquirido una nueva sino cuando mi posesión, relativa á esta, tenga los requisitos legales y se trate de servidumbre que pueda adquirirse por prescripción.

El lugar en que la servidumbre se ejercita, ¿puede comprenderse en el modo del ejercicio?

Creemos que se debe distinguir la hipótesis en que la servidumbre grave sólo sobre la parte del predio en que se ejercite, de aquella en que la servidumbre, aunque se ejercite en un lugar dado, grave, no obstante, todo el predio.

En el primer caso, si la servidumbre se ejercita en otro lugar, es claro que tal ejercicio no puede referir-

se á la servidumbre constituida, sino á otra; por lo que, si durante treinta años el ejercicio se hubiera efectuado en otro sitio, la antigua servidumbre prescribiría, y no podría considerarse constituida la nueva, sino en el caso en que se tratase de servidumbre continua y aparente, y además la posesión tuviese los requisitos legales.

Si la servidumbre correspondiese á todo el predio, se ejercita siempre, aunque el uso se haga en punto distinto del determinado por el uso ó por la convención; por lo que la diversidad de lugar implica diverso modo de ejercicio. En su virtud, si se hubiera ejercitado la servidumbre durante treinta años de un modo más limitado, prescribe el derecho de poder ejercitarla de una manera más amplia. Si la servidumbre en el nuevo lugar se hubiera ejercitado con la misma extensión que correspondía, en ese caso la servidumbre continúa subsistente, según desde un principio viene constituida, y el propietario del predio sirviente puede exigir que se ejercite en el primitivo lugar cuando se trate de servidumbre discontinua y no aparente, que no puede adquirirse, ni aun en cuanto al modo, por medio de prescripción.

---

# APÉNDICE

## LAS SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

---

### TITULO VII

#### DE LAS SERVIDUMBRES

#### CAPITULO PRIMERO

#### *De las servidumbres en general.*

##### **Sección primera.**

##### **DE LAS DIFERENTES CLASES DE SERVIDUMBRES QUE PUEDEN ESTABLECERSE SOBRE LAS FINCAS**

**Art. 530.** La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño.

El inmueble á cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.

**Art. 531.** También pueden establecerse servidumbres en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no pertenezca la finca gravada.

**Art. 532.** Las servidumbres pueden ser continuas ó discontinuas, aparentes ó no aparentes.

Continuas son aquellas cuyo es ó puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre.

Aparentes las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas.

No aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Art. 533. Las servidumbres son además positivas ó negativas.

Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre.

Art. 534. Las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

Art. 535. Las servidumbres son indivisibles. Si el predio sirviente se divide entre dos ó más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda.

Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Art. 536. Las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y éstas voluntarias.

### Sección segunda.

#### DE LOS MODOS DE ADQUIRIR LAS SERVIDUMBRES

Art. 537. Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título ó por la prescripción de veinte años.

Art. 538. Para adquirir por prescripción las servidumbres á que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, ó el que

haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre.

Art. 539. Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título.

Art. 540. La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, ó por una sentencia firme.

Art. 541. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Art. 542. Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso.

### Sección tercera.

#### DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS DE LOS PREDIOS DOMINANTE Y SIRVIENTE

Art. 543. El dueño del predio dominante podrá hacer, á su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa.

Deberá elegir para ello el tiempo y la forma con-

venientes á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente.

Art. 544. Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados á contribuir á los gastos de que trata el artículo anterior, en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario.

Art. 545. El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida.

Sin embargo, si por razón del lugar asignado primitivamente, ó de la forma establecida para el uso de la servidumbre, llegara ésta á ser muy incómoda al dueño del predio sirviente, ó le privase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá variarse á su costa siempre que ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos, y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre.

#### Sección cuarta.

##### DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS SERVIDUMBRES

Art. 546. Las servidumbres se extinguen:

1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.

2.º Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto á las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre respecto á las continuas.

3.º Cuando los predios vengan á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, á no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior.

4.º Por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal ó condicional.

5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante.

6.º Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

Art. 547. La forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como la servidumbre misma y de la misma manera.

Art. 548. Si el predio dominante perteneciera á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás.

## CAPITULO II

### *De las servidumbres legales.*

#### **Sección primera.**

##### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 549. Las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares.

Art. 550. Todo lo concerniente á las servidumbres establecidas para utilidad pública ó comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título.

Art. 551. Las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares, ó por causa de utilidad

privada, se regirán por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana ó rural.

Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley ni resulte perjuicio á tercero.

### Sección segunda.

#### DE LAS SERVIDUMBRES EN MATERIA DE AGUAS

Art. 552. Los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra ó piedra que arrastran en su curso.

Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.

Art. 553. Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, á la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.

Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables ó flotables están además sujetos á la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.

Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización.

Art. 554. Cuando para la derivación ó toma de aguas de un río ó arroyo, ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas ó terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de

estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.

Art. 555. Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero, solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización.

Art. 556. Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva á este servicio la indemnización.

Art. 557. Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar á sus dueños, como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

Art. 558. El que pretenda usar del derecho concedido en el artículo anterior está obligado:

1.º A justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso á que la destina.

2.º A demostrar que el paso que solita es el más conveniente y menos oneroso para tercero.

3.º A indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos.

Art. 559. No puede imponerse la servidumbre de acueducto para objeto de interés privado, sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes.

Art. 560. La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente pueda cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el mismo acueducto de manera que éste no experimente perjuicio, ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias.

Art. 561. Para los efectos legales la servidumbre

de acueducto será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante, ó de un turno establecido por días ó por horas.

Art. 562. El que para dar riego á su heredad ó mejorarla, necesite construir parada ó partidior en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre á dichos dueños y á los demás regantes.

Art. 563. El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas, de que se trata en esta sección, se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.

### Sección tercera.

#### DE LA SERVIDUMBRE DE PASO

Art. 564. El propietario de una finca ó heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida á camino público, tiene derecho á exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Si esta servidumbre se constituye de manera que pueda ser continuo su uso para todas las necesidades del predio dominante estableciendo una vía permanente, la indemnización consistirá en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente.

Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas á través del predio sirviente sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen.

Art. 565. La servidumbre de paso debe darse por

el punto menos perjudicial al predio sirviente, y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

Art. 566. La anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante.

Art. 567. Si, adquirida una finca por venta, permuta ó partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe, éstos están obligados á dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario.

Art. 568. Si el paso concedido á una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño á otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización.

Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso á la finca enclavada.

Art. 569. Si fuere indispensable para construir ó reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado á consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque.

Art. 570. Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo, y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder en todo caso de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros, y la vereda de 20 metros.

Quando sea necesario establecer la servidumbre

forzosa de paso ó la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en esta sección y en los artículos 555 y 556. En este caso la anchura no podrá exceder de 10 metros.

#### Sección cuarta.

##### DE LA SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA

**Art. 571.** La servidumbre de medianería se regirá por las disposiciones de este título y por las ordenanzas y usos locales en cuanto no se opongan á él, ó no esté prevenido en el mismo.

**Art. 572.** Se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título, ó signo exterior, ó prueba en contrario:

1.º En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.

2.º En las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitios en poblado ó en el campo.

3.º En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

**Art. 573.** Se entiende que hay signo exterior, contrario á la servidumbre de medianería:

1.º Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos.

2.º Cuando la pared divisoria esté por un lado recta y á plomo en todo su paramento, y por el otro presente lo mismo en su parte superior, teniendo en la inferior relex ó retallos.

3.º Cuando resulte construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas.

4.º Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua.

5.º Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construida de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades.

6.º Cuando la pared divisoria, construida de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas, que de distancia en distancia salgan fuera de la superficie sólo por un lado y no por el otro.

7.º Cuando las heredades contiguas á otras defendidas por vallados ó setos vivos no se hallen cerradas.

En todos estos casos la propiedad de las paredes, vallados ó setos se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad que tenga á su favor la presunción fundada en cualquiera de los signos indicados.

Art. 574. Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título ó signo que demuestre lo contrario.

Hay signo contrario á la medianería cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpieza se halla de un solo lado, en cuyo caso la propiedad de la zanja pertenecerá exclusivamente al dueño de la heredad que tenga á su favor este signo exterior.

Art. 575. La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeros, se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor la medianería, en proporción al derecho de cada uno.

Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga renunciando á la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.

Art. 576. Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería, pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera.

Art. 577. Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales.

Serán igualmente de su cuenta los gastos de conservación de la pared, en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de cómo estaba antes; y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado.

Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla á su costa; y, si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo.

Art. 578. Los demás propietarios que no hayan contribuido á dar más elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor.

Art. 579. Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros.

Para usar el medianero de este derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y, si no lo obtuviere, se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique á los derechos de aquéllos.

**Sección quinta.****DE LA SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS**

**Art. 580.** Ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno.

**Art. 581.** El dueño de una pared no medianera, contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras, ó inmediatos á los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Sin embargo, el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiera pactado lo contrario.

También podrá cubrirlos edificando en su terreno ó levantando pared contigua á la que tenga dicho hueco ó ventana.

**Art. 582.** No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones ú otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia.

**Art. 583.** Las distancias de que se habla en el artículo anterior se contarán en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de éstos donde los haya, y para las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades.

**Art. 584.** Lo dispuesto en el art. 582 no es aplicable á los edificios separados por una vía pública.

**Art. 585.** Cuando por cualquier título se hubiere

adquirido derecho á tener vistas directas, balcones ó miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar á menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el art. 583.

#### Sección sexta.

##### DEL DESAGÜE DE LOS EDIFICIOS

Art. 586. El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo.

Art. 587. El dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, podrá edificar recibiendo las aguas sobre su propia tejado ó dándoles otra salida conforme á las ordenanzas ó costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante.

Art. 588. Cuando el corral ó patio de una casa se halle enclavado entre otras, y no sea posible dar salida por la misma casa á las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso á las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

#### Sección séptima.

##### DE LAS DISTANCIAS Y OBRAS INTERMEDIAS PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES Y PLANTACIONES

Art. 589. No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes ó fortalezas sin suje-

tarse á las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

Art. 590. Nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, ó fábricas que por sí mismas ó por sus productos sean peligrosas ó nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

Art. 591. No se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino á la distancia autorizada por las ordenanzas ó la costumbre del lugar, y en su defecto, á la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y á la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren á menor distancia de su heredad.

Art. 592. Si las ramas de algunos árboles extendieren sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho á reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.

Art. 593. Los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros, y cualquiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo.

Exceptúanse los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes.

### CAPITULO III

#### *De las servidumbres voluntarias.*

Art. 594. Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público.

Art. 595. El que tenga la propiedad de una finca, cuyo usufructo pertenezca á otro, podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen al derecho del usufructo.

Art. 596. Cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil, no podrá estabecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños.

Art. 597. Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos, quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes ó comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y á sus sucesores, aunque lo sean á título particular, á no impedir el ejercicio del derecho concedido.

Art. 598. El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables.

Art. 599. Si el dueño del predio sirviente se hubiere obligado, al constituirse la servidumbre, á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante.

Art. 600. La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato ó de última voluntad, y no á favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme á este artículo se regirá por el título de su institución.

Art. 601. La comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan á los municipios ya al Estado, se regirá por las leyes administrativas.

Art. 602. Si entre los vecinos de uno ó más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia ó seto una finca, la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas.

El propietario que cercare su finca conservará su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas.

Art. 603. El dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor á los que tengan derecho á la servidumbre.

A falta de convenio, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial.

Art. 604. Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable á las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

# ÍNDICE DEL SEGUNDO VOLUMEN

---

## TITULO V

### *De las servidumbres.*

	<u>Págs.</u>
<b>CAPÍTULO PRIMERO.—Generalidades.....</b>	<b>1</b>
<b>CAP. II.—De las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares.....</b>	<b>25</b>
<b>CAP. III.—Servidumbre legal de paso.....</b>	<b>80</b>
<b>CAP. IV.—Servidumbre legal de acueducto.....</b>	<b>109</b>
<b>CAP. V.—De la servidumbre legal de luces y vistas.....</b>	<b>147</b>
<b>CAP. VI.—De la vertiente de los tejados.....</b>	<b>187</b>
<b>CAP. VII.—De los muros medianeros.....</b>	<b>191</b>
<b>CAP. VIII.—De los edificios, zanjas y setos comunes....</b>	<b>243</b>
<b>CAP. IX.—De las distancias legales.....</b>	<b>263</b>
<b>CAP. X.—De las servidumbres que pueden establecerse por hecho del hombre.....</b>	<b>300</b>
<b>CAP. XI.—Cómo se adquieren las servidumbres por hecho del hombre.....</b>	<b>315</b>
<b>CAP. XII.—Ejercicio de las servidumbres.....</b>	<b>337</b>
<b>CAP. XIII.—Acciones originadas del ejercicio de la servidumbre.....</b>	<b>367</b>
<b>CAP. XIV.—Extinción de las servidumbres.....</b>	<b>377</b>
<b>APÉNDICE.....</b>	<b>397</b>

---