

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA, LEÓN.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.



MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADAS EN DERECHO.

**TEMA: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO EN
NICARAGUA Y EN EL DERECHO COMPARADO.**

AUTORAS:

ELIZABETH MARÍA TÉLLEZ RUEDA.

MAURA JUDITH PÉREZ GARCÍA.

NADILETH IVANOVA POLANCO PICADO.

TUTOR:

MSc. MARIO ZEPEDA MORENO.

LEÓN, NICARAGUA. MAYO DE 2007.

AGRADECIMIENTO

*A nuestro maestro: Mario Zepeda Moreno, y a quienes ocupan
lugares preeminentes en nuestras vidas.*

DEDICATORIA

A mis padres, mi rayito de luz (mi hijo), abuelitos, hermanos y a mi amado esposo quien, es el cómplice de mis sueños.

Elizabeth María Téllez Rueda.

A mi querida madre por su amor, al sol de mis días (mi hijo), mi hermana y a mi futuro esposo.

Maura Judith Pérez García.

A mi querida mamá y hermanas.

Nadileth Ivanova Polanco Picado.

ÍNDICE	Pág.
Introducción.....	I - II
Capítulo I	
Disposiciones generales de la Servidumbre	
1. Origen.....	1
2. Concepto legal.....	3
3. Naturaleza.....	6
4. Características.....	7
5. Clasificación.....	12
5.1 Según la doctrina.....	12
5.2 Según el art. 1564 C.....	16
6. Modos de constitución.....	19
6.1 Pueden constituir Servidumbre.....	19
6.2 La servidumbre se constituye.....	20
6.3 Igual que en la doctrina en nuestra legislación de constituyen.....	22
7. Capacidad para adquirir Servidumbre.....	24
8. Servidumbre de Paso.....	24
8.1 Características de la Servidumbre de Paso.....	26

8.2 Clasificación de la Servidumbre de Paso.....	29
8.3 Constitución de la Servidumbre de Paso.....	31
9. Modos de extinción.....	34
9.1 Nuestra legislación establece en el arto. 1579 C que las Servidumbres terminan.....	38
10. Servidumbre Administrativa (Servidumbres Públicas).....	42
10.1 Servidumbres Administrativas. Concepto.....	43
10.2 Constitución de la Servidumbre Administrativa.....	45
10.3 Formas de extinción de las Servidumbres Administrativas.....	47
10.4 Servidumbres Administrativas en la legislación Nicaragüense....	49
10.5 Diferencias entre Servidumbres Administrativas y las de Derecho Civil.....	50

Capítulo II

Derechos, Obligaciones y Acciones del propietario del predio
dominante y sirviente

1. Los Juristas señalan.....	51
1.1 Predio dominante.....	51
a) derechos.....	51
b) obligaciones.....	51

1.2 Predio sirviente.....	52
a) derechos.....	52
b) obligaciones.....	52
2. En nuestra legislación.....	52
2.1 Predio dominante.....	53
a) derechos.....	53
b) obligaciones.....	54
2.2 Predio sirviente.....	54
a) derechos.....	54
b) obligaciones.....	55
3. Acciones en defensa de la Servidumbre.....	56

Capítulo III

Análisis Jurídico de la Servidumbre de Paso de nuestra legislación con el derecho comparado: España, México y Chile.

1. Constitución.....	61
1.1 España.....	61
1.2 México.....	63
1.3 Chile.....	65
1.4 Nicaragua.....	66

2. Clasificación.....	66
2.1 España.....	66
2.2 México.....	68
2.3 Chile.....	70
2.4 Nicaragua.....	70
3. Extinción.....	72
3.1 España.....	72
3.2 México.....	73
3.3 Chile.....	77
3.4 Nicaragua.....	78
Conclusiones.....	79
Bibliografía.....	80

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo: “Análisis Jurídico de la Servidumbre de Paso en Nicaragua y en el Derecho Comparado”, ha sido abordado con la ayuda de la poca información existente en dicha materia y pretende poner al descubierto las regulaciones de nuestra legislación en materia de servidumbre en general y en particular de paso, haciendo a la vez un análisis comparativo con las legislaciones de España, México y Chile.

Precisamente el abordaje de este tema surgió por la escasa información de tan importante figura jurídica y por el interés práctico que éste tiene en nuestra sociedad.

En aras de una mejor comprensión, delineamos los objetivos siguientes:

Objetivo general:

Realizar un análisis jurídico de la servidumbre de paso en Nicaragua y en el derecho comparado.

Objetivos específicos:

1. Describir las características y modos de extinción de la servidumbre de paso.
2. Explicar los derechos, obligaciones y acciones del propietario del fundo sirviente y dominante,
3. Establecer una comparación de la servidumbre de paso en nuestra legislación y el derecho comparado.

Para cumplir los objetivos propuestos dividimos el trabajo en tres capítulos.

El primero titulado: Disposiciones Generales de la Servidumbre, en el hacemos una breve remembranza de esta figura en general, presentando un enfoque histórico desde sus orígenes en la sociedad

grecorromana, transitando por el medio evo y haciendo anotaciones puntuales con los enfoques más destacados de la época: Romano y Germánico, es decir el proceso de romanización de la figura y el aporte germánico. Luego entramos al período napoleónico, para concluir en la época moderno-contemporánea destacando en ésta el abordaje de la servidumbre de derecho pública o servidumbre administrativa.

En el segundo capítulo dirigimos la atención a los Derechos, Obligaciones y Acciones del propietario de fundo dominante y sirviente. Y concluimos con un tercero capítulo, que lo enfocamos estrictamente a presentar un análisis jurídico de la figura objeto de nuestro estudio en el Derecho Comparado.

Partiendo del método científico aplicamos esencialmente los métodos: analítico- sintético, histórico-lógico, deductivo e inductivo y el analógico.

En cuanto a la técnica utilizamos la de fichaje, ya que el presente trabajo es una investigación eminentemente documental; en tal sentido consultamos los clásicos del derecho, el diccionario jurídico, y legislaciones de los países de donde se abordó ésta figura en el derecho comparado, código civil y boletines judiciales de nuestra legislación.

El presente trabajo si bien es cierto acusa algunos vacíos, éstos obedecieron a la falta de información de la materia objeto de nuestro estudio; no obstante estamos seguras que sirve de base para investigaciones futuras de mayor envergadura.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LA SERVIDUMBRE.

1. ORIGEN

La figura objeto de nuestro estudio es la servidumbre, concretamente dirigiendo la atención a la servidumbre de paso, la cual se ubica en la sociedad antigua conocida como mancipium, que comprendió el interés que luego fue protegido con la idea independiente de *servitus* (servidumbre), locución latina que significa derecho real sobre un fundo ajeno.¹

La concepción más antigua adjudicaba al propietario de un fundo, la propiedad de un camino o de un acueducto situado en un predio vecino, por lo que se trataba de una especie de copropiedad, entre quien para nosotros es ahora titular de una servidumbre y el propietario del predio atravesado. Posteriormente, el concepto **copropiedad**, transitó al de tener el derecho de pasar o de conducir agua a través del fundo vecino y en beneficio del propietario. De esta primera evolución surgieron las servidumbres prediales rústicas de paso: *iter, actus, vía*; la de acueducto y al final las urbanas.

Debe precisarse que servidumbre no es una verdadera creación ex novo de la época en que se introdujo el régimen de la propiedad privada sobre el suelo, sino que es una fase en su desarrollo hasta su

1. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 398.

acreditación embrionaria de la figura que hoy es de todos conocida, como es la servidumbre; impactando principalmente en el área rural relacionada a los contratos en los que se pactaba la pensión alimenticia, y aseguraba el derecho de habitación y demás haberes mediante una servidumbre predial de carácter personal, la que se inscribía y dotaba con ello efectos reales, pero limitada a su persona, por que se extinguía con su muerte.

En el antiguo Derecho germánico la servidumbre fue desconocida como figura jurídica independiente. La acreditación de la idea romana de servidumbre predial fue a través de una mixtura que dejó como resultado toda utilidad particular del predio sirviente con objeto o contenido de una servidumbre predial.

En la Edad Media surgieron los supuestos económicos y sociales necesarios para que la servidumbre destacara como figura jurídica independiente. La posibilidad de que el concepto servidumbre fuese protegido, aparece como atenuante de un anterior derecho de dominación sobre las tierras, por parte de la clase dominante.

Ahora bien; a imitación del estado de hecho jurídicamente protegido que resultó del expresado desarrollo histórico, pudieron celebrarse negocios jurídicos con la finalidad de establecer la servidumbre. Esta fue creada por un acto voluntario de parte del propietario dominante, en su provecho.

Sin embargo, en el derecho Romano el concepto de servidumbre no acabó por imponerse plenamente, sino hasta la evolución de los hechos que dieron lugar a la desaparición de las situaciones que

habían servido de base a las figuras más singulares del Derecho germánico. Esto ocurre, durante el siglo XVIII, cuando desaparecen gradualmente los derechos de pasto y de leña que eran las últimas manifestaciones de un estado en que la idea de servidumbre estaba todavía mal diferenciada de la idea de comunidad. En base a esta proposición es que el término servidumbre utilizado por los romanos se debe a los juristas modernos, y es preciso, llamar la atención sobre la confusión que puede motivar, pues parece suponer que la propiedad romana es, en sí misma, un derecho ilimitado, y la servidumbre un gravamen impuesto por un acto jurídico privado.

En nuestro orden jurídico la servidumbre se presenta como un derecho real que se introduce dentro de la dinámica en la transmisión de los derechos inmobiliarios, atendiendo una proyección múltiple en función a los intereses que se ven involucrados.²

2. CONCEPTO LEGAL

Es difícil precisar en extremo una definición de servidumbre por lo que conviene dejar plasmado algunos puntos de vista de juristas destacados tales como: Planiol y Pipert quienes dicen: que la multiplicidad ilimitada de aplicaciones que tienen las servidumbres, hace que sea imposible dar una definición general del derecho de servidumbre, por indicación de su objeto, como se hace en los otros derechos reales, cuyo objeto es invariable.

2. Puig Brutau, José. Fundamento de Derecho Civil. Pág. 373.

Windscheid define las servidumbres como derechos reales que sujetan la cosa, no en la totalidad de sus relaciones, sino únicamente en una o más, de sus relaciones singulares, y a continuación comprueba esta noción general comparando la servidumbre con los demás derechos reales y limitativos del dominio. De la prenda se diferencia en que esta sustrae al propietario el ejercicio del derecho de propiedad, mientras que la servidumbre solamente lo limita; de la enfiteusis y superficie, que en estas la restricción del derecho de propiedad es tan grande, que este queda casi eliminado mientras que en la servidumbre el derecho de propiedad permanece siendo siempre el principal y el de servidumbre un derecho subordinado.

Giacomo Veneziam, entiende que la servidumbre se caracteriza por la cesión perpetua o por tiempo indefinido de una de las varias utilidades que la cosa es susceptible de producir.

Según Ruggiero, la servidumbre se configura económica y jurídicamente como una cualidad de los fundos ventajosa para el que utiliza el servicio, y desfavorable para el que lo presta.

Ferdinando Bianchi, dice que la servidumbre es una transmisión de utilidad de fundo a fundo, la separación de un valor de una propiedad y su agregación a otra lo cual se resuelve, según la expresión de Ulpiano, en un aumento por una parte, y en una pérdida por la otra, del contenido normal de la propiedad. No basta, pues, la existencia entre dos predios de cualquier relación jurídica, o de cualquier obligación a cargo de uno y a favor del otro para que pueda decirse que el primero sirve al segundo; es necesario que la relación jurídica tenga por objeto el procurar un beneficio a un fundo por medio y a expensas de otro. Más adelante añade que el elemento genérico, no es por si solo

suficiente para dar completa la noción de servidumbre predial, sino que debe especificarse, determinarse, de un lado, con las circunstancias de que haya transmisión de utilidad de un fundo a otro fundo, y de otro lado, con la de que el objeto de aquella transmisión, sea un solo uso, un solo atributo, una sola función útil que se separa de la propiedad del predio sirviente.

Ferrini, afirma que en las servidumbres prediales se da un derecho permanente que afecta de modo recíprocamente antitético a la propiedad de dos fundos, limitando la una y acreciendo la otra. La servidumbre tiene función de limitación del dominio, y según su naturaleza será limitado uno de los dos elementos del dominio, el de pertinencia o el de signoria.

En el primer caso, el dueño deberá tolerar la ingerencia del titular de la servidumbre (por ejemplo, en la de paso y acueducto), y en el segundo deberá abstenerse de practicar un acto que podría ejercitar en razón de su dominio, de no existir la servidumbre (por ejemplo en la de luces y vistas). Las servidumbres prediales son aquellos derechos reales por los cuales en ventaja de un fundo se concede el uso de otro fundo, o son prohibidos algunos cambios de este, con la correspondiente limitación del elemento de pertenencia o de señorío de la propiedad relativa.

Díaz Ferreira, define la servidumbre como un gravamen, una carga; por que estorba al propietario del predio que debe la servidumbre, en el ejercicio de su derecho de propiedad.³

3. Manresa y Navarro. Comentarios al Código Civil Español. Pág. 517.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, esta figura es definida como: un derecho limitativo del dominio ajeno, establecido sobre una finca, a favor del propietario de otra, con carácter real, o de otra persona, como derecho personal.⁴

Finalmente Nuestro código civil en su arto. 1559 dice que: Servidumbre es una carga impuesta a un predio en provecho o servicio de otro predio perteneciente a otro dueño: el predio sujeto a servidumbre se llama sirviente, y el que se utiliza de ella se llama dominante.⁵

3. NATURALEZA

La concepción tradicional, configura la servidumbre como un derecho real, jus in re aliena, nacido de la división del dominio (por lo menos se opera una mutilación de la propiedad).

La relación jurídica se establece entre el propietario del fundo dominante y el fundo sirviente, lo que implica ciertas peculiaridades. Así el sujeto de la relación jurídica no se identifica por su condición personal sino por su cualidad de dueño de la finca variando cuantas veces el inmueble cambie de propietario. Inversamente, pese a la aparente simetría, se desatiende al propietario del fundo sirviente y no se reputa sujeto pasivo de una relación jurídica. Tampoco puede excluirse la construcción de la servidumbre como una relación obligacional entre dos predios personificados. Ya Pothier observa que “las servidumbres se deben a la heredad, más que a la persona”.

4. Cabanellas, Guillermo. Ob. cit. Pág. 398. 5. Vale puntualizar que nuestra legislación civil destina el título XXXII del Tomo I dividido en 11 capítulos con más de 100 artículos, (artos. 1559-1691).

La servidumbre se contrapone a la propiedad como “jura in re aliena”. Grava la cosa cuya propiedad pertenece a otro.

Al servicio que presta corresponde, por la otra parte, un poder de aprovechamiento, que puede tener una gran variedad de contenido.

En cuanto a quién se sirve, en las servidumbres prediales pertenecen a quien en cada momento sea propietario de otra finca.

Las servidumbres deben sufrir una limitación cualquiera, ya que en caso contrario la propiedad de la cosa gravada habría quedado asfixiada. Algo debe quedar, en el aprovechamiento de la cosa, para el propietario.⁶

4. CARACTERÍSTICAS.

Las servidumbres acusan a las características siguientes:

1. Carácter inmueble: las servidumbres prediales constituyen siempre derechos inmuebles, solo pueden establecerse sobre heredades.

2. Carácter accesorio: Están ligados el predio dominante de una manera inseparable: “praediis inhaerent” decían los antiguos. Por consiguiente, no pueden ser cedidos, ni embargados, ni hipotecados separadamente, no pueden ser desprendidos del predio dominante y pasan al mismo tiempo que él, de persona en persona: “Ambulant cum dominio”.

6. Hedemann, J.W. Tratado de Derecho Civil. Pág.344.

3. Perpetuidad: la perpetuidad de las servidumbres viene de su carácter accesorio que las une a la propiedad de un predio, necesarias para su uso, es natural que sean perpetuas como él. Sin embargo la perpetuidad de las servidumbres no es esencial, sólo es natural, es decir, puede ser suprimida por una convención en contrario, y establecerse por un tiempo limitado.

El derecho moderno no exige ya una causa perpetua, para el establecimiento de una servidumbre; de la cual los jurisconsultos romanos habían obtenido consecuencias excesivas.

4. Imposibilidad de redención: las servidumbres son irredimibles. El propietario de predio sirviente no puede librarse de ella con dinero, si el propietario del fundo dominante no consiente en ello. Esto equivale a una expropiación por utilidad privada.

5. Indivisibilidad: El arto. 1687C dice: “Si fueren varios los propietarios de un predio; no se podrá imponer servidumbre sino con consentimiento de todos”.

Ninguna servidumbre podrá establecerse sobre un predio o en su provecho, sin el consentimiento de todos los copropietarios, la servidumbre no puede nacer, ni activa ni pasivamente, sobre o a favor de otra parte indivisa. A la inversa, supongamos la servidumbre ya establecida antes del hecho que originó la indivisión, por ejemplo: antes de la apertura de una sucesión en provecho de varios herederos, la servidumbre existente no podrá extinguirse por la voluntad o por hechos de uno sólo o de algunos. Es preciso que se extinga por todos a la vez, no puede desaparecer para una parte y subsistir para las demás.

Son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales, y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente.

Las servidumbres son inescindibles de los fundos, no se conciben separadamente de ellos. Por consiguiente, no pueden ser enajenadas separadamente de los fundos ni tampoco sometidas a gravamen alguno, vale decir, no pueden ser hipotecadas o gravadas con otras servidumbres.⁷

6. Es un derecho real que recae sobre cosa ajena, es decir, se trata de un derecho real limitado o limitativo de la propiedad. Ya sabemos que, sin necesidad de aceptar la teoría que concibe el dominio de facultades susceptibles de perfecta delimitación, el hecho innegable de que su contenido pueda verse parcialmente concretado en facultades bien perfiladas, permite contraponer dos grandes grupos de derechos: el dominio y los derechos reales cuyo contenido se limita a una o alguna de las facultades de aquél y que por lo mismo son limitativos de su normal contenido.

En el derecho de servidumbre se manifiesta esta característica fundamental, pero con una matización peculiarísima. Esta peculiaridad está cifrada en la afirmación de que se trata de un derecho subjetivamente real. La parte de enigma que puede tener ésta frase se

7. Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Pág. 319.

descifra al advertir que la característica del derecho real, incumbe la indeterminación del sujeto y el deber correlativo que se da por el lado activo de la relación jurídica. Es decir que la indeterminación afecta, no sólo a la persona a quien involucra los deberes correlativos al ejercicio del derecho real, sino que éste ejercicio no corresponde a ningún sujeto por su cualidad estrictamente personal. Si los deberes que implica la propiedad del fundo sirviente se adquieren automáticamente con la adquisición misma de éste fundo, lo mismo sucede con los derechos inherentes del predio dominante, que podrá ejercitar quien lo adquiera por este solo hecho y no por un acto especial de transferencia del derecho inherente al predio dominante, que podrá ejercitar quien lo adquiera por este solo hecho y no por un acto especial de transferencia del derecho aislado considerado. El derecho es subjetivamente real en cuanto la determinación del sujeto que ostenta su titularidad depende de la adquisición de una cosa, del predio dominante.

7. Constituyen una alteración del contenido normal del derecho de propiedad.

La idea misma de la servidumbre estaría en quiebra sino se apoyara en un estado previo de relación. Sería absurdo considerar como un estado normal el que permitiera a cada propietario obrar a su antojo, sin observar las relaciones que imponen las relaciones de vecindad.

8. Constituyen una relación entre fundos.

Todo derecho supone, una relación entre sujetos. Pero basta que estos no estén personalmente determinados, sino que su determinación resulte de la propiedad que ostenten sobre algunos bienes, para que la relación entre dos fundos sea jurídicamente relevante. No hay en esto

ninguna contradicción, sino que se trata de dos aspectos que se complementan. Sólo cuando los dos predios pertenecen a diferentes propietarios pueden adquirir trascendencia jurídica la situación de ventaja de uno respecto del otro.

Es menester insistir en este carácter de las servidumbres para profundizar en su noción y comprender la clase de relación jurídica que implican. La servidumbre, como generalmente todo derecho real, supone una actuación duradera. Durante lapsos de tiempos indefinidos los dueños de los predios dominante y sirviente han de observar la conducta prescrita por la naturaleza de la relación jurídica a que se hayan adscritos. Ciertas normas de origen convencional o voluntario señalan el estatuto jurídico a que deben ceñirse uno y otro propietario. Ahora bien, la confianza de derecho y deberes no ha de dar lugar a que se conciba la relación con las características del derecho de obligaciones; aun que pueden aparentar o adoptar la forma de prestación y contraprestación, solo son actos que contribuyen a la vida del derecho real sin que entre ellos puedan darse los efectos propios de la relación fundada en un derecho de crédito.⁸

9. Son ambulatorias; precisamente por ser inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, siguen con ellos cualquiera sean las transmisiones del dominio que se operen.

10. Son unilaterales; toda la ventaja esta de una parte (el fundo dominante) y toda la desventaja de la otra (el fundo sirviente).

8. Puig Brutau, José. Ob. Cit. Pág. 373.

11. Es un derecho constituido sobre un inmueble ajeno. No se concebiría una servidumbre constituida sobre un inmueble propio, porque el derecho de propiedad implica la posibilidad de realizar todos los actos comprendidos en una eventual servidumbre. Pero es preciso reconocer que en algunos casos la ley la impone. Así, por ejemplo, los copropietarios de un inmueble encerrado, tienen derecho a exigir servidumbre de paso por el inmueble vecino, aunque éste pertenezca a uno de los condóminos del fundo dominante, ya sea exclusivamente ya sea en condominio con terceros.

12. Las servidumbres consisten siempre en una carga que impone: o bien la obligación de soportar que el propietario del fundo dominante realice ciertos actos sobre el fundo sirviente o bien la obligación de no hacer ciertos actos que están dentro de las atribuciones normales del propietario. Nunca imponen al propietario del predio sirviente una obligación de hacer. El propietario del fundo que se obligara a realizar ciertos actos en beneficio de otro fundo o de su dueño, habrá contraído una simple obligación personal vinculante para él y sus herederos, pero no afectan las heredades ni obliga a los sucesores en el dominio de ellas que no sean herederos.⁹

5. CLASIFICACIÓN

Veamos de forma general

5.1 Según la doctrina:

1) Por razón de su contenido pueden ser positivas y negativas. Se

9. Cabanellas, Guillermo. Ob.Cit. 399.

llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, ejemplos: las servidumbres de paso y de acueducto.

En consonancia con el concepto fundamental de servidumbre como gravamen de un inmueble en beneficio de otro cuyo dueño se beneficiará de la ventaja establecida a favor de su predio, parece natural que consista o se manifieste en el derecho de poder hacer algo por parte del dueño del predio dominante, con la correlativa obligación de no impedirlo por parte del dueño del predio sirviente, o bien que se manifieste en la obligación del dueño del predio sirviente de abstenerse de hacer algo que le sería lícito hacer en caso de no mediar la relación jurídica de servidumbre, con el derecho por parte del dueño del predio dominante de exigir esta actitud pasiva. La primera posición (obligación que incumbe al dueño del predio dominante) es la típica de la servidumbre positiva. Este “dejar hacer” por parte del dueño del predio sirviente, expresión reveladora del derecho que asiste al dueño del predio dominante para que pueda obtener el beneficio inherente al contenido de la servidumbre, se refiere claramente al supuesto típico y tradicional de la servidumbre positiva, es decir, de aquella para cuyo efectivo aprovechamiento o disfrute es preciso una actividad por parte del dueño predio sirviente para que se abstenga de lo que podría realizar lícitamente en el caso de no existir la relación de servidumbre, constituye el rasgo característico de la servidumbre negativa, es decir, de aquella para cuyo aprovechamiento basta con una actitud de abstención por parte del dueño del predio sirviente, ejemplo: una servidumbre de no edificar. Se observará que las servidumbres

negativas son todas al mismo tiempo continuas y no aparentes.

2) Por su ejercicio: continuas y discontinuas.

Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre.

Para que la servidumbre sea continua no es preciso que su uso sea incesante basta que pueda serlo. Hay servidumbres, como la de apoyar una viga en pared ajena, soportar una palomilla o poste de la red telefónica, que existen realmente de un modo continuo; hay otras, como la de acueducto, que puede servir solamente para conducir el agua de un predio a otro, un día si y otro no, y, sin embargo, también es continua, porque para su ejercicio no se exige la intervención del hombre.

Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre. Es decir si el aprovechamiento que constituye el contenido de la servidumbre es incesante, en el sentido de que tiene lugar sin la intervención de ningún hecho del hombre, la servidumbre es continua. Por el contrario si hace falta que la titularidad o aprovechamiento se obtenga con la ejecución de actos del hombre, la servidumbre es discontinua, pues sólo se usará de manera intermitente o, a intervalos más o menos largos.

Así la servidumbre de paso es discontinua, por que no es posible que el hombre esté pasando continuamente por el camino, vereda o senda de que se trate.

Esta clasificación se refiere al ejercicio de la servidumbre por que esta, en su esencia, es siempre continua, ya que desde el momento en que

nace o se establece, existe el beneficio y el gravamen y puede ejercitarse en cualquier tiempo.

La nota característica, entre la servidumbre continua y discontinua parece ser la de que su uso puede o no ser incesante.

3) Por las señales de su existencia: aparentes y no aparentes.

Puede ser aparente, en el sentido de que existan signos exteriores que revelen su uso y aprovechamiento, de manera que, están continuamente a la vista.

Las no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

Así la servidumbre de paso puede presentar un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo, aunque ordinariamente sea no aparente. La de acueducto debe ser, en cambio, aparente; pero si se construye sobre el o se ejercita por una cañería subterránea, dejará de serlo, y se convertirá en no aparente, y así habría de ser considerada en tales casos.

Así la servidumbre de paso puede presentar un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo, aunque ordinariamente sea no aparente.

4) Por su origen: legales y voluntarias.

Las que se establecen por la ley se llaman legales y las que se establecen por la voluntad de los propietarios se llaman voluntarias.

Terminada esta clasificación de servidumbres, se echan de menos otras clasificaciones, tales como las rústicas y urbanas, perpetuas y

temporales, nominales e innominadas, regulares e irregulares, las que en nuestros días no ofrecen ningún interés práctico.¹⁰

5.2 Según el arto. 1564C de Nuestra Legislación en:

1. “Continuas son aquellas cuyo uso es, o puede ser, incesante, sin necesidad del hecho del hombre.

2. Discontinuas son las que dependen de actos del hombre.

3. Aparentes son las que se revelan por obras o signos exteriores.

4. No aparentes son las que no presentan indicio alguno exterior”.¹¹

Cuando los signos aparentes o circunstancias especiales convengan, no obstante el silencio del Registro de la Propiedad, de la verdadera naturaleza y extensión del derecho adquirido, no es lícito acogerse al significado especial o literal de los artos 34 y 35 L. H (3949C nuestro) por que es inadmisibile que el legislador haya querido, en materia de servidumbre convertir en mera ritualidad lo que tiene el fin trascendental de determinar la adquisición de derechos reales manifiestos ostensiblemente y consentidos, y subordinar a este formalismo el fondo y moralidad de los contratos.

El carácter de aparente o no aparente depende de un hecho accidental. Así la servidumbre de paso y acueducto pueden ser aparente o no aparente. La de paso es aparente si se hace un camino cercado o pavimentado; y es no aparente si se ejerce en un llano

10. Planiol, Marcel. Ob. Cit. Pág. 324.

11. Nicaragua, Código Civil. Arto 1564 C.

donde no quedan rastros. La de acueducto, puede ser aparente si los canales son visibles, o no aparentes si están enterrados. Ciertas servidumbres son mas que otras difíciles de concebir en un estado oculto, como la de vista. Hay otras que difícilmente podrían ser relevadas por signos exteriores, como la de no edificar.

La idea esencial es que las servidumbres continuas se ejercen sin el hecho del hombre es decir: que su ejercicio no exige actos sucesivos y repetidos de parte del propietario del fundo dominante. Eso quiere decir que una vez establecido cierto estado de cosas, ventajas para uno de los fundos, dura indefinidamente y procura por si mismo el beneficio de la cosa. Ordinariamente ese estado de cosas es el resultado de obras hechas por el hombre; pero eso no es necesario así por ejemplo en la servidumbre de acueducto, hay necesidad de que se hagan trabajos; pero en cambio en la servidumbre de no edificar más alto, hay completa ausencia de trabajo.

El ejercicio de las servidumbres continuas resulta, pues, de una situación de hecho, natural o artificial; y puede decirse que establecido el estado en que las cosas deben estar, la servidumbre se ejerce sola, sin necesidad de la intervención del dueño. Pero no debe creerse que la utilidad debe ser continua; pues sería un error creer que la servidumbre es continua cuando ella sirve sin interrupción. Así por ejemplo, la servidumbre de aguas de lluvias es continua, y sin embargo, en los climas secos, tendrá raramente ocasión de servir; en cambio, una servidumbre de extraer agua por medio de una bomba no será continua, aunque trabaje día y noche durante todo el año, por que necesita del hecho del hombre, pues si el maquinista para la bomba, el agua cesa de correr. Es el hecho, pues, de la intervención o

abstención del hombre de que le da a la servidumbre el carácter de continua o discontinua.

La servidumbre de vista, de acueducto y de no edificar más alto son continuas. La de paso, de extracción de materiales y la de abrevadero son discontinuas.

La continuidad y la discontinuidad es una distinción que para cada servidumbre tiene un carácter invariable, que le da un lugar inmutable en la clasificación que hace el art. 1564C pero no es lo mismo tratándose de las aparente o no aparentes; pues una misma servidumbre puede ser aparente o no aparentes, según las condiciones en que se presente. Así por ejemplo la servidumbre de acueducto, si está debajo del suelo o subterránea, es no aparente; pero si es por obras visibles es aparente. Lo mismo se puede decir de la servidumbre de paso, pues si se ejerce por un camino macadamizado, o con puertas, es aparente, mientras que es no aparente si ningún signo exterior indica su existencia.

Las servidumbres pueden ser positivas o negativas. Son positivas las que dan al propietario del predio dominante el derecho de hacer alguna cosa, por ejemplo pasar por el predio sirviente. Son negativas, las que solamente permiten exigir al propietario del predio sirviente abstenerse de ciertos actos, por ejemplo no levantar más alto. Todas las servidumbres negativas son a la vez continuas y no aparentes. Esta distinción de las servidumbres en positivas y negativas no la tiene el código; y no tiene interés práctico.¹²

12. Cuadra Zavala, Joaquín. Anotaciones al Código Civil de Nicaragua. Pág. 536-537

6. MODOS DE CONSTITUCIÓN.

Tanto en nuestra legislación como en la doctrina,

6.1. PUEDEN CONSTITUIR SERVIDUMBRE:

1. Propietario de la heredad sirviente, el dueño de la propiedad no pierde el derecho de adquirir la servidumbre por la circunstancia de que haya dado el inmueble en usufructo a tercero; aun así la servidumbre adquirida por él es válida salvo el derecho que tiene el usufructuario de usar o no de ella.

El propietario puede también resultar beneficiado por las servidumbres adquiridas por otras personas. Entre las personas que pueden adquirir servidumbres que beneficien al propietario están: a) el poseedor que lo hace con ánimo de dueño, y que luego pierde la posesión como consecuencia de acción de reivindicación ejercida por el propietario, y b) los que obran a nombre del propietario de un inmueble aunque no tengan mandato; como por ejemplo el usufructuario.

2. Copropietario: en este caso nada se opone a que uno de los condóminos estipule una servidumbre a beneficio del predio común, los otros condóminos pueden rehusarse a ejercerla y aprovechar las ventajas de ella. Pero el que la ha concedido, no puede sustraerse de la obligación contraída.

3. Usufructuario, usuario y acreedor anticresista: el art. 2984 del código civil español determina que el usufructuario, el usuario y el acreedor anticresista, pueden crear servidumbres a favor de los inmuebles que estén **a favor** de ellos, anunciando que estipulan tanto para ellos como para el nudo propietario, si este aceptase la

estipulación. No habiendo aceptación de la estipulación por el nudo propietario la servidumbre será meramente un derecho personal de los que la estipularon y se extinguirá con el derecho de ellos sobre la cosa.¹³

6.2 LA SERVIDUMBRE SE CONSTITUYE.

a) Por **contrato oneroso**, se necesita la misma capacidad que para vender: incapaces absolutos (las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito); y los menores adultos que solo tienen capacidad para determinados actos.

b) Por **contrato gratuito** se requiere capacidad para donar, es decir, capacidad para contratar. Los menores emancipados no pueden hacer donación ni, por tanto, constituir servidumbres sobre bienes que hubiesen recibido a título gratuito.

c) Para constituir servidumbre sobre inmueble **por testamento** se requiere capacidad para testar.

Conozcamos algunas clasificaciones de juristas destacados,

Rogelio Folquer Pallares, expone:

a) **Por la ley**, las servidumbres legales que se establecen por la ley se rigen por las correspondientes leyes y reglamentos y en su defecto por las disposiciones del código civil.

13. Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 400

b) Por la voluntad de los particulares, Se rige entonces la servidumbre por el acuerdo de voluntades (contrato) y en segundo lugar por el código civil.

c) Por prescripción, el dueño del predio dominante se beneficia del mismo estado de hecho en que ha de consistir la servidumbre una vez consolidada. Solo pueden adquirirse de este modo las servidumbres continuas y aparentes por el transcurso de 20 años con buena fe y justo título (artículo 537C, del código español).¹⁴

Martín Wolf en su tratado de derecho civil tomo 3 expresa que la constitución de las servidumbres prediales se adquiere mediante negocio jurídico. En el derecho común bastaba un simple contrato; esto era tolerable respecto a aquellas servidumbres prediales cuyo ejercicio era notorio, como la de acueducto y la de pastos: los tubos de conducción, el ganado que pastaba hacían notoria la existencia del derecho ante todos los interesados. Pero, respecto a otras y en particular, las servidumbres negativas, era perjudicial: el que adquiría un inmueble sin edificar con el fin de construir, tenía que tolerar una prohibición de edificar o un derecho de vistas ocultos, quedando limitado a una pretensión de indemnización de carácter meramente obligatorio contra su enajenante.¹⁵

Puig Brutau la servidumbre se constituye en: a) por negocio jurídico b) por usucapión o prescripción adquisitiva c) por destinación del padre de familia y d) las de origen legal.

14. Folquer Pallares, Rogelio. Derecho Civil. Pág. 103. 15. Wolff, Martín. Tratado de Derecho Civil. Pág. 39

- a) el negocio jurídico creador de la servidumbre generalmente consistirá e un contrato celebrado por el dueño del predio sirviente y el del predio dominante.
- b) Por usucapión o prescripción adquisitiva, pueden quedar igualmente establecidas las servidumbres que reúnan las características de continuidad y apariencia.
- c) por destinación del padre de familia. El artículo 541 del código civil español está dedicado a este medio de adquisición, de las servidumbres, tradicionalmente designado de la manera expresada. Incluso el nuevo código civil Italiano habla de que la servidumbre predial puede ser constituida entre otros medios, per destinazione del padre di famiglia (arto. 1031C).¹⁶
- d) de origen legal, de éstas no nos ocuparemos en esta ocasión.

6.3 IGUAL QUE EN LA DOCTRINA EN NUESTRA LEGISLACIÓN SE CONSTITUYEN:

Arto. 1565C: “Las servidumbres pueden constituirse por acto del hombre, por la naturaleza de la cosa o por la ley”.

Esta división de las servidumbres, tomada del código de Portugal, se presenta en nuestro código a una gran obscuridad. En efecto ¿Cuáles son las servidumbres constituidas por acto del hombre? ¿Es qué se diferencias de las constituidas por la ley? el capítulo II, habla de las servidumbres constituidas por el hecho del hombre, pero no dice

16. Puig Brutau, José. Ob. Cit. Pág. 394.

cuáles son. Un testador establece en su testamento una servidumbre de vista a favor de un predio que lega a un amigo ¿Será esa constituida por acto del hombre? la ley regula la servidumbre de vista, y para eso hay que respetar distancias. Cuando se hace por testamento o por contrato, se puede establecer sin restricción a distancia; pero eso no quiere decir que no es servidumbre legal. Dice Baudry que las servidumbres constituidas por el hecho del hombre son las únicas que merecen llamarse servidumbres; que las otras constituyen el derecho común, restricciones a la libertad del derecho de propiedad.¹⁷

Arto. 1566C: “Las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o privada”.

Arto.1574C:“Las servidumbres establecidas por contrato o por testamento se registrarán por su título constitutivo (...)”.

El examen del título suscita a veces dificultades relativas ya sea a la existencia misma de la servidumbre, ya sea a su extensión o ya a su modo de usarla. Se deben adoptar a este respecto las reglas generales sobre interpretación de los contratos o de los testamentos, consultado sobre todo la voluntad de los interesados, la común intención de las partes, y por último, que, en casos en que exista dudas, se deben resolver a favor del predio sirviente.

No se puede presumir una servidumbre, y si hay motivo de duda seria, es preciso decidir contra su existencia; pero no hay necesidad, para establecer una servidumbre de términos sacramentales; puede, pues,

17. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 535

inducirse de la voluntad de las partes sanamente interpretada. Muchas veces puede surgir la duda de si se trata de una verdadera servidumbre o solamente de un derecho de uso o de un derecho de crédito. El juez debe ser cuidadoso para esclarecer la verdadera intención de las partes, examinando las circunstancias de la causa, el estado respectivo de los dos predios al momento de la constitución; la posesión del derecho y su ejercicio efectivo desde esa época.¹⁸

7. CAPACIDAD PARA ADQUIRIR SERVIDUMBRE.

En principio todas las personas son capaces de contratar ya sea de forma gratuita u onerosa. El artículo 1833C señala: “La capacidad para obligarse se presume siempre...”.

a. Para adquirirla por contrato, sea gratuito u oneroso se requiere capacidad para contratar.

Para adquirir una servidumbre por legado, o por disposición del padre de familia no se requiere gozar de capacidad de hecho, aun los incapaces pueden adquirirla.

b. Para adquirir una servidumbre por usucapión basta con la capacidad para adquirir la posesión.

8. SERVIDUMBRE DE PASO.

Por la imperiosa necesidad que plantea en el campo jurídico, la servidumbre de paso fue conocida y regulada primero por el Derecho

18. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 541.

Romano. Este ordenamiento jurídico distinguió tres clases de paso: el *iter*, el *actus* y la *via*. El primero consistía en pasar a pie, en caballería o en litera; el segundo comprendía el paso en carro y con ganados y el tercero, que daba mayor aplicación a este tipo de servidumbre, utilizando una faja de terreno cuya anchura era de: ocho pies en las rectas, y dieciséis en las curvas. El *actus* permitía pasar lo necesario; la *via*, cuanto no perjudicara al predio sirviente.

El desarrollo de la humanidad y su consecuente explotación de tierras alejada de poblados y de vías de comunicación ha venido imponiendo, de manera natural la necesidad de tener acceso a predios enclavados entre otros y sin vías públicas para ir y venir. El reconocimiento de ese derecho, que impide el aprisionamiento dentro de una propiedad, ha tenido que conciliarse con las molestias, privaciones y daños que tal tránsito provoca a los dueños de las tierras intermedias. De ahí la imperativa necesidad de una regulación que conduce a la admisión del paso, pero por el lugar donde provoque menos daños al que ha de sufrirla, es decir al (los) propietario del predio sirviente.

En este desarrollo de la humanidad ya indicado la servidumbre de paso se ha constituido activamente como el derecho a transitar por propiedad ajena, para tener salida desde la finca a camino público, o como derecho personal adquirido. El paso puede ser a pie, en vehículo, según las necesidades y las convenciones.¹⁹

La servidumbre de paso puede considerarse en dos aspectos; uno cuando se trata de un simple enclave que pudiera llamarse natural, es

19. Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 400.

decir, que proviene de causas que no dependen de la voluntad del dueño del predio dominante, como una inundación, un derrumbe o la supresión o cambio de un camino público, entonces, puede pedirse el tránsito por los predios vecinos como lo prescribe el arto 1628C.; el otro es cuando la clausura proviene de una partición, venta o permuta en que los partícipes vendedores o permutantes asumen la obligación primaria de dar salida al predio que, como resultado de esos actos, no la tiene a la vía pública que es el caso previsto en el arto. 1630C. Desde el primer punto de vista, se trata de una servidumbre legal en que priva el interés público; desde el segundo, se aprecian los resultados de una convención proveniente de la condición tácita impuesta por la ley a los pactantes; siendo distintas las consecuencias que resultan de cada una de esas situaciones.²⁰

Nuestra legislación civil reconoce este derecho fundamental como notable contribuyente para la libertad personal y la circulación de la riqueza el que se encuentra acreditado en el artículo 1628. C, de nuestra legislación el que textualmente se lee: “El propietario que, teniendo su predio rodeado por la propiedad de otro, no tiene salida a la vía pública y no puede procurársela sin un gasto excesivo o sin gran incomodidad, tiene derecho a obtener el paso por los predios vecinos para la explotación y uso conveniente de su propiedad (...)”.²¹

8.1 CARACTERISTICAS DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.

A. Positiva, pues impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo. En consonancia

20. Nicaragua. B. J Pág. 15051. 21. Nicaragua. Ob. Cit. Pág.277.

con el concepto fundamental de servidumbre, como gravamen de un inmueble en beneficio de otro, cuyo dueño se beneficiará de la ventaja establecida a favor de su predio; parece natural que se manifieste en el derecho de poder hacer algo por parte del dueño del predio dominante, con la correlativa obligación de no impedirlo por parte del dueño del predio sirviente; o bien que se manifieste en la obligación del dueño del predio sirviente de abstenerse de hacer algo que le sería lícito hacer en caso de no mediar la relación jurídica de servidumbre, con el correlativo derecho por parte del dueño del predio dominante de exigir esta actitud pasiva. La primera posición, es la típica de la servidumbre positiva. Este “dejar hacer” por parte del dueño del predio sirviente, como expresión reveladora del derecho que asiste al dueño del predio dominante para que pueda obtener el beneficio inherente al contenido de la servidumbre, se refiere claramente al supuesto típico y tradicional de la servidumbre positiva. Esta proposición coincide con el Arto. 1636C.”Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él, andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio esta obligado a consentirlo recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque”.

B. Discontinua, aunque se hayan hecho ciertos trabajos permanentes para facilitar su ejercicio sigue siendo discontinua por que no es posible que el hombre este pasando continuamente por el camino o vereda de que se trate, pues se usa a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre.

Esta característica se refiere al ejercicio de la servidumbre, por que ésta en su esencia, es siempre continúa, ya que desde el momento en

que nace o se establece, existe el beneficio y gravamen, y puede ejercitarse en cualquier tiempo.

Arto. 1627 C “Todo propietario debe permitir el acceso y paso por su propiedad, siempre que sea necesario para construir o reparar un muro u otra obra que interese personalmente al vecino y sea al mismo tiempo de interés común”.

Arto. 1633C: “Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de una finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente, sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen”.

C. Aparente, en el sentido de que existan signos exteriores que revelen su uso y aprovechamiento, de manera que, están continuamente a la vista, en cuyo caso se trata de las llamadas servidumbres aparentes. Así la servidumbre de paso puede tener un signo de su existencia, un pasadizo, por ejemplo; aunque ordinariamente sea no aparente, lo cual significa que existe en la práctica servidumbre aparente y no aparente, puede ser que exista por un hecho accidental; en el entendido que el carácter aparente no depende de la naturaleza de la servidumbre.²²

Arto. 1630C “Si el predio estuviere cerrado por todos los lados por efecto de venta, cambio o partición, los vendedores permutantes o copartícipes, están obligados a dar el paso sin ninguna indemnización”.

22. Puig Brutau, José, Obra citada, pág. 320-324.

Arto. 1637C: “En caso de que hubiere habido antes comunicación entre la finca o heredad y alguna vía pública, el paso, sólo se podrá exigir a la heredad o finca por donde últimamente lo hubo”.

8.2 CLASIFICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.

1) Paso con carácter permanente: el propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización.

Este carácter permanente o estable comprende el tránsito ininterrumpido de personas, animales o vehículos, por el establecimiento de una vía privativa a favor del predio dominante, sea carril, camino o carretera. En el código civil, esta circunstancia queda clara en el arto. 1628C el que prescribe: “El propietario que teniendo su predio rodeado por la propiedad de otro, no tiene salida a la vía pública y no puede procurársela sin un gasto excesivo o sin gran incomodidad, tiene derecho a obtener el paso por los predios vecinos para la explotación y uso conveniente de su propiedad (...)”.

En cuanto a la indemnización que se deba al propietario del predio sirviente el arto. 1629C. es claro al precisar: “Se deberá siempre una indemnización proporcional al daño causado por el acceso o paso (...)”.

2) Paso con carácter transitorio: es la que se impone en beneficio de una propiedad carente de toda comunicación con camino público, por la interposición de otras heredades por dicha servidumbre. La propiedad incomunicada tiene derecho para imponer a las heredades colindantes la servidumbre de tránsito. Debe ser trazado el camino

sobre los fundos contiguos que presenten el trayecto más corto a la vía pública.

Debe satisfacerse el valor del terreno necesario para el tránsito y resarcir de los perjuicios que se causen con este motivo.

El reconocimiento de esta servidumbre de carácter transitorio está regulado en el artículo 1635C que expresa: “Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en el, andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque”. De igual manera el arto. 1562C anota: “El que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla, y puede hacer todas las obras indispensables para ese objeto, pero a su costa, sino se ha estipulado lo contrario; y aún cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacer las obras y reparaciones, podrá exonerarse de esa obligación, abandonando la parte del predio en que existen o deban hacerse dichas obras”.

3) Paso para ganado: establecimiento obligatorio, para los propietarios de las tierras afectadas por el tránsito de animales de utilidad para la alimentación del hombre o la explotación agrícola, de permitir en la época y circunstancias habituales, la circulación de esos animales, conducidos por sus guardadores o dueños por sectores determinados, a fin de que no perjudiquen a la agricultura, forestación y a otras fuentes de riquezas. Las necesidades de pastoreo, con trashumación larguísima en ocasiones, recorriendo propiedades enteras, ha creado pasos expeditos para el ganado, con la natural protección para los propietarios trabados con ellos, ante daños tan

probables por animales de buen diente y fuerte pisada por lo común.²³

Nuestra legislación en el arto. 1633C manifiesta: “cuando se limite al paso necesario para el cultivo de una finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente, sin vía permanente, la indemnización, consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen”, en tanto el arto. 1634C aclara: “la anchura de la servidumbre de paso, será la que baste al predio dominante”.

8.3 CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO.

En este acápite no haremos referencia a los tipos de instrumentos en los que se constituye la servidumbre, sino al contenido de éste.

Las Servidumbres se establecen en beneficio de un fundo por lo que constituyen una relación entre dos fondos. Pero hay que entender bien el sentido de esta frase. No impide que la servidumbre, como cualquier otro derecho, beneficie, en realidad, a personas humanas, ni aun que pueda ser considerado como concediendo a un cierto individuo (el propietario de un fundo dominante) un cierto poder de disposición respecto de otro individuo (el propietario del fundo sirviente). Lo que se quiere decir al afirmar que la servidumbre se establece no en beneficio de una persona, sino en el de un fundo, es que la persona que se beneficia de hecho con la servidumbre y la que soporta son indiferentes, y que la relación jurídica continuará subsistiendo aunque los propietarios hayan cambiado, en tanto el fundo dominante y sirviente subsistan y no se haya producido uno de

23. Puig Brutau, José. Ob. Cit. Pág. 425.

los hechos que llevan consigo la extinción de la servidumbre. Esta servidumbre, no es posible mas que cuando ambas heredades pertenecen a distintos propietarios.²⁴

En este sentido Nuestra Corte Suprema de Justicia en boletín judicial del 17 de mayo de 1946, página 13447 expresa, que las circunstancias que la ley requiere para que esta obligación se constituya en verdadera servidumbre de paso y sea exigible es preciso que el predio dominante esté rodeado por ajenos, sin salida a la vía pública, de tal forma que no pueda procurarse la salida sin un gasto excesivo, o sin gran incomodidad; y finalmente, que la explotación y uso conveniente de aquel, determine el derecho a obtener el paso por los predios vecinos, tal como lo preceptúa el arto. 1628C. Además, estos son elementos indispensables para darle existencia jurídica a la servidumbre de paso, porque la prueba de testigos es ineficaz para establecer: que el predio carece de comunicación en la vía pública, por estar rodeado por predio sirviente; que tal comunicación no puede procurarse sin un gasto excesivo o sin gran incomodidad y que el paso establecido o que se pretende establecer es la distancia más corta entre el predio dominante y la vía pública, tal como preceptúa la doctrina de dicha

Corte, según puede verse en la sentencia del Boletín Judicial pág. 4502, considerando III; así que la prueba de testigo no es eficaz en virtud de que los puntos indicados necesitan para su esclarecimiento y apreciación que el juez examine por si mismo el sitio o cosa litigiosa y

24. Colin y H. Capitant. Derecho Civil. Pág. 418.

que peritos establezcan que tal paso causa el menor daño al predio sirviente.

El tratadista Ricci al comentar el arto.593C, italiano, del cual fue tomado el arto. 1628C nuestro, dice lo siguiente: “Dos condiciones deben presentarse para obtener el paso sobre el predio del vecino: la una que el predio este rodeado por otros predios y no tenga salida a la vía pública, o bien tal salida no puede procurarse sin gasto excesivo o molestia o 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 solo se tiene cuando ésta está contigua al predio, sino también cuando un camino vecinal que pasa junto a el, 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 a través del predio vecino, para entrar directamente en su predio desde la vía pública... La otra condición para el ejercicio de la servidumbre legal de paso; es la de que ésta sirva para el cultivo y uso conveniente del predio. De lo que se infiere, como advierte el tribunal de apelación de Lucca, que esta servidumbre no sólo está establecida a favor de la agricultura, sino también para el acceso a la casa del propietario o para su industria personal; por lo cual no puede denegarse cuando quiera que tenga por objeto el uso conveniente del predio”.

Para crear una servidumbre de la especie que se examina, es preciso que se establezca en forma indudable, las características mencionadas en el arto. 1628C citado, por que no es permitido establecer semejante carga sobre un predio cuyo acceso a la vía pública es completamente ostensible, debido a que en fin de cuentas, la servidumbre es una limitación impuesta a la propiedad de uno en beneficio de otra

propiedad o sea un *jus in re aliunque* restringe el ejercicio de los derechos del dominio ajeno, pero solo en el caso que el predio dominante por su posición física, esté impedido de producir y ser atendido fácilmente. Es preciso observar que, tratándose de servidumbres discontinuas aparentes, como la de paso a que nos hemos referido, el solo uso no constituye derecho alguno para adquirirla por prescripción, porque falta el principal elemento, que es la posesión constante que no puede tenerse en esta clase de servidumbres; las servidumbres aparentes y continuas, muy bien pueden adquirirse por ese medio, desde luego que en ella se ejerce una verdadera posesión legal; pero en las discontinuas, su uso no constituye posesión, sino cuando mas, una mera tolerancia del dueño del predio sirviente, salvo que esté amparada por un titulo; siendo esto así, es lógico, que aquel que se sienta perturbado en el ejercicio de esa servidumbre, no puede intentar acciones posesorias, fundado en el hecho de la posesión, desde luego que no tiene posesión que defender. Doctrina confirmada en los artos.1570C y 1578C, prescribiendo el primero, que las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por prescripción, y el segundo que las acciones posesorias no son aplicables a ellas, a no ser que la posesión se funde en un título que proceda del propietario del predio sirviente.

9. MODOS DE EXTINCIÓN.

Las servidumbres en su conjunto se extinguen del modo siguiente:

1. Nulidad: la nulidad del título constituyente extingue la servidumbre. Esta solución esta fundada en el efecto retroactivo propio de las nulidades.

2. Resolución: también tiene efectos retroactivos e importa también la extinción de la servidumbre.

3. Rescisión: es el acto en virtud del cual dos personas dejan sin efecto lo acordado por ellas mismas por otro acto anterior. A diferencia de la revocación y de la nulidad, no tiene efectos retroactivos.

4. Cumplimiento del plazo o condición resolutoria: el arto. 1579C numeral 5^o dice: " Por llegar el día o realizarse la condición; si la servidumbre fuere temporal o condicional".

5. Renuncia: el arto. 1579C inciso 3^o dice: Por la renuncia o cesión del dueño del predio dominante.

Esta puede ser expresa o tácita, la renuncia expresa debe otorgarse en escritura pública. La renuncia es un acto unilateral y, por consiguiente no tiene necesidad de ser aceptada para producir este efecto entre las partes. La renuncia tácita para que tenga valor de tal, se exige: que el propietario del fundo sirviente haya hecho obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre, o bien, que las haya hecho con la autorización escrita del fundo dominante.

6. Pérdida de la utilidad de la servidumbre: cuando ha dejado de tener utilidad para la heredad dominante, la servidumbre concluye. Cuando nos referimos a utilidad se entiende que el cambio producido haya quitado toda la utilidad de la servidumbre; si por el contrario sólo ha disminuido la utilidad, ello no basta para que la servidumbre concluya.

7. Imposibilidad de uso: cuando el ejercicio llega a ser

absolutamente imposible.

Es necesario que la imposibilidad derive de un acontecimiento de la naturaleza o de un hecho lícito de un tercero, ya que cuando proviene de cambios hechos por el propietario de la heredad dominante, o por el propietario de la heredad sirviente o por un tercero, la servidumbre no cesa.

No es la imposibilidad de usar lo que extingue la servidumbre; sino el no uso; que es un modo de extinción diferente. En el caso en que la imposibilidad de usar desde un principio sea definitiva; se produce un modo de extinción particular; que es la pérdida de la cosa.

8. Confusión: la servidumbre se extingue cuando la calidad del propietario del fundo dominante y del fundo sirviente se reúnen en una sola persona, es decir que ambos inmuebles pertenecen a un solo dueño cuando la propiedad del predio dominante pasa; por cualquier causa; al propietario del sirviente; o recíprocamente; la servidumbre se extingue por confusión; ya que un propietario no puede tener ninguna servidumbre sobre sus propios bienes.

La extinción de ésta servidumbre por efecto de la confusión no es siempre definitiva; acontece con frecuencia que esta se restablece cuando cesa la confusión; es decir; cuando los predios entre los cuales existía pertenecen nuevamente a dos propietarios distintos.

9. Expropiación del inmueble sirviente: cuando el inmueble sirviente ha sido expropiado por causa de utilidad pública e incorporado al dominio público del estado, ya que la servidumbre no se puede establecer sobre los bienes que están fuera del comercio. En cambio la expropiación del inmueble dominante no ejerce influencia sobre la

servidumbre pues no hay inconveniente legal alguno en que un bien del dominio público del estado goce de una servidumbre sobre un inmueble vecino.

10. Perdida de la cosa: la servidumbre se extingue cuando perece la cosa sobre la cual recae. Es ésta una regla general; los derechos no pueden subsistir sin objeto. La cosa cuya desaparición extingue la servidumbre es el predio sirviente. Su supresión puede ser resultado de una expropiación por causa de utilidad pública. Por ejemplo; la demolición de las construcciones y anexo del terreno al dominio público; el propietario del predio dominante pierde la servidumbre; pero recibe una indemnización.

11. Término extintivo: a pesar de que la servidumbre sea perpetua por su naturaleza; las partes son libres de limitarla en su duración por un término; cuyo vencimiento pone fin a la servidumbre. En la práctica es raro este pacto. Más frecuente es con relación a los edificios temporales; construidos por un arrendamiento.

12. Condición resolutoria: el efecto de esta es una extinción *in futurum*; pues no se comprende como podría aplicarse retroactivamente a la extinción de un goce; que es un hecho no susceptible de borrarse.

13. Resolución del derecho del constituyente: en virtud de una aplicación pura y simple de la regla *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*; desaparece la servidumbre cuando se extingue retroactivamente el derecho del constituyente.

14. Prescripción en provecho de un tercero: si el predio sirviente es poseído como libre de servidumbres; por un tercero; que

tiene justo título y buena fe; al cabo de diez o veinte años adquirirá la propiedad contra el verdadero propietario.

15. Extinción en caso de indivisión: las servidumbres son indivisibles y esta indivisibilidad les impide extinguir en provecho de una parte indivisa del predio sirviente y a costa de una parte indivisa del dominante. De esto resulta que si la causa de extinción solamente se produce para una o varias de las partes indivisas; la servidumbre subsiste en cuanto al todo. Este efecto se nota en los casos de confusión y prescripción.²⁵

9.1 NUESTRO LEGISLACIÓN ESTABLECE EN EL ARTO. 1579C QUE LAS SERVIDUMBRES TERMINAN:

1. “Por la reunión de los predios dominante y sirviente; bajo el dominio del mismo dueño; salvo el caso del artículo 1573C.
2. Por el no uso durante el tiempo necesario para la prescripción.
3. Por la renuncia o cesión del dueño del predio dominante.
4. Cuando los predios vengán a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el numeral 2.
5. Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuere

25. Madrid. Diccionario Jurídico Espasa. Pág. 916.

temporal o condicional.

5. Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y del sirviente.

6. Por la remisión gratuita u onerosa hecha por el dueño del predio dominante.

7. Cuando constituida en virtud de un derecho revocable, se vence el plazo, se cumple la condición o sobreviene la circunstancia que debe poner término a aquel”.²⁶

En el fondo no hay ninguna diferencia entre el no uso y la prescripción extintiva; tradicionalmente se le da el nombre de no uso eso es todo. Cuando el propietario del fundo dominante no usa la servidumbre por cierto tiempo, la ley supone que renuncia a su derecho. En efecto, las servidumbres son toleradas tan solo por que son útiles; cuando su inutilidad es demostrada, la ley las suprime. No hay que distinguir si el no uso es forzado o voluntario; pues en ambos casos el interesado tiene oportunidad de interrumpir la prescripción.

Pero el no uso se diferencia de la prescripción, en el sentido de que tratándose del derecho de propiedad no hay propiamente prescripción extintiva, sino prescripción adquisitiva en provecho de un tercero que posee la cosa durante el tiempo requerido por la ley mientras que tratándose de servidumbre basta el no uso. En el art. 1580C., se habla de prescripción, como si fuera lo mismo que el no uso. Para el inciso 1º: “La extinción de la servidumbre por efecto de la

26. Nicaragua. Ob. Cit. Pág. 270.

confusión no es siempre definitiva; por que acontece con frecuencia que la servidumbre revive cuando desaparece la confusión; es decir, cuando los dos predios entre los cuales existía la servidumbre que se había extinguido por confusión, se encuentra nuevamente en manos de dos propietarios distintos. Hay, pues, que hacer algunas distinciones. Si la confusión cesa en virtud de una causa retroactiva, que destruye ficticiamente la adquisición de donde resultaba la confusión, entonces vuelve a aparecer siempre la servidumbre, por que se reputa en ese caso que la confusión nunca se operó. Por ejemplo: el propietario del predio dominante compra el predio sirviente. Entonces la confusión extingue la servidumbre; pero si el contrato de venta llegare a resolverse por que el comprador no pagó el precio, la cosa vendida vuelve a manos del vendedor, y la servidumbre revive, porque se supone que nunca hubo contrato de venta.

Si la confusión se efectuó sin efecto retroactivo, como cuando el propietario único de dos predios, vende, dona o lega uno de ellos, en principio la servidumbre no revive. Salvo el caso del arto 1573C. es decir: cuando existan las condiciones requerida para la distinción del padre de familia.

Para demostrar la existencia de una servidumbre es preciso, necesariamente, atenerse a la prueba de uno de los tres medios establecidos por el legislador: título, prescripción, o destinación del padre de familia. No se podría invocar presunciones; ni tampoco son aplicables las reglas que el código establece para la reivindicación en los artos 1464 y siguientes; pues no existen los mismos motivos que inspiran esas reglas, desde luego que no es posible, para buscar el nacimiento de un servidumbre, volver al pasado, retroactivamente

hasta el infinito, como cuando se trata de la prueba de la propiedad por medio de títulos. La ley ha señalado limitativamente, las causas por las cuales se constituye una servidumbre.

Para el inciso 3º: la renuncia es unilateral, pues no tiene que ser aceptada por el propietario del predio sirviente. Puede ser expresa o tácita, esta última cuando resulta de un hecho que implique necesariamente la intención de abandonar el derecho, pues las renunciaciones no se presumen.

Para el inciso 4º: poco importa que el cambio de estado sobrevenga en el predio dominante o en el predio sirviente.

Si el cambio es parcial, la servidumbre se extingue solo parcialmente.

Esta palabra “*revivirá*” es inexacta. Cuando hay imposibilidad de usar la servidumbre, hay un obstáculo de hecho, que impedirá el ejercicio de la servidumbre; pero el derecho mismo subsiste, y podrá ser de nuevo ejercida si las cosas vuelven a su primitivo estado; entonces la servidumbre no revive, propiamente hablando, sino que su ejercicio fue interrumpido, y nada más.

Ahora bien cuando el obstáculo desaparece después de diez años, entonces lo que hay es que la servidumbre se extingue por el no uso.

El plazo de la prescripción empieza a contarse desde el día en que surge el hecho de la imposibilidad de usar de la servidumbre, aún cuando ésta sea continua. Si se trata de una servidumbre discontinua, debería contarse desde el día en que cesó el ejercicio efectivo del derecho.

Los números 3º, 6º y 7º tomados cada uno de diferentes códigos, se podrían reducir a una sola causa de extinción, pues las tres no son el fondo diferentes.²⁷

10. SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA (SERVIDUMBRE PÚBLICA).

Existen en el campo del derecho público, instituciones que a diferencia de la expropiación y del dominio público, permiten subsistir la propiedad del particular sobre la cosa afectada y sólo restringen ese derecho en ciertos aspectos.

Según la manera en que se producen esas restricciones, se distinguen dos formas principales:

a) Servidumbres de derecho público: aparecen cuando existe la posibilidad de que la propiedad de determinados inmuebles sufra una disminución de derecho porque se constituye, sobre ellos, un poder jurídico parcial de carácter a favor del estado.

b) Limitaciones impuestas a la propiedad por causa de utilidad pública: fenómeno jurídico que es posible observar cuando los inmuebles se ven expuestos a soportar, a causa de la actividad de la administración, restricciones y perturbaciones de hecho contra los cuales están jurídicamente desarrollados, y que éste se produzca en virtud de la sola circunstancia de que tales restricciones emanan de la administración pública sin que haya intervenido un hecho jurídico especial que les confiera éste carácter, sin perjuicio de que en muchas

27. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 542-543.

ocasiones son autorizadas por una u otra ley.

10.1 SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS.

CONCEPTO

La servidumbre de Derecho Público toma su carácter jurídico de la afinidad que presenta con la institución del derecho civil cuyo nombre lleva. Ese nombre indica las condiciones por las cuales se distingue de todas las otras cargas dependientes del derecho público que podrían relacionarse con la posesión de un inmueble. Este tipo de servidumbre se presenta con la del derecho civil, bajo la forma de un poder jurídico restringido que actúa directamente sobre la cosa. Es de naturaleza esencialmente real. Si bien resultan obligaciones personales y restricciones a su libertad para el propietario actual, ellas no son más que las consecuencias de la relación fundamental.

Para los órganos de policía, para la imposición de contribuciones así como para otras cargas personales, la posesión de un inmueble podría igualmente desempeñar un papel pero con motivo o indicio mediante el cual la regla de derecho – o quizás un acto administrativo – designa al deudor. En todo caso, la finalidad y el interés principal residen aquí en la obligación personal.

La servidumbre de derecho público, por el contrario, toma el inmueble y solamente por él se afecta al poseedor; por lo tanto, este último lo es en la medida en que puede ser afectado por el poder establecido a favor de un tercero sobre su inmueble. Esto es lo que le da el carácter de servidumbre a nuestra institución, por lo menos esto basta para justificar su nombre.

Pero también ésta servidumbre del derecho público es muy distinta a la del derecho civil. La diferencia se presenta apenas nos preguntamos: ¿En beneficio de qué se agrava de éste modo el inmueble? A ésta pregunta el derecho civil daría dos respuestas o bien la sujeción existe a favor de un inmueble determinado (servidumbre predial) o bien a favor de una persona determinada (servidumbre personal).

Ninguna de estas respuestas puede aplicarse a la servidumbre pública. Un *predium dominus* será a menudo muy difícil de definir; en todo caso, la servidumbre nunca está ligada pura y simple al inmueble dominante, solo existe en la medida y durante el tiempo que ese inmueble sirva para una institución pública determinada: por ejemplo como fortificación.

La carencia muchas veces del predio dominante ha sido la base en que se funda el ataque de algunos tratadistas, tendientes a negar la existencia de ésta clase de servidumbre. Al respecto dice Roca: “se suele incluir en la denominación de servidumbres legales, meras delimitaciones del dominio que son estrictamente conformadoras de su contenido y no tienen el rango de derecho real que es la característica de las verdaderas servidumbres”.

Menos aún puede invocarse en éste contenido el modelo de la servidumbre personal. La persona a la cual se debería la servidumbre sería al Estado. Pero el Estado no está autorizado, como el acreedor de una servidumbre de derecho civil, a utilizarla dentro de los límites de su derecho, con miras a un fin material cualquiera, sólo puede hacerlo en interés de una actividad pública determinada y en la medida en que esta última tenga necesidad de la servidumbre. Por lo tanto él no es el único al cual ésta servidumbre puede pertenecer; en su lugar,

podrá figurar cualquier sujeto capaz de dirigir una institución pública de ese género que le corresponda de manera legítima. Los entes autónomos o servicios descentralizados, así como los concesionarios tienen derecho a las servidumbres que corresponden a su parte de administración pública.

De lo anterior expuesto, podemos en conclusión dar una definición de servidumbre pública, considerándola como: “Un poder jurídico parcial constituido sobre un inmueble a favor de una institución de carácter público”.

La servidumbre pública cuyo contenido es el uso público, crea obligaciones para el propietario de la cosa gravada, pues está obligado a sufrir todo lo que ella autorice o abstenerse de todo hecho o actos de imposición o negocio que pueda menoscabar el uso público de la servidumbre.

La servidumbre pública crea también obligaciones para su titular, por cuanto su contenido es el uso público, y, consecuentemente, su derecho está ligado a su exclusivo ejercicio. Cuando la servidumbre ha sido constituida para un uso determinado, no puede ejercerse para otros usos. Así, una servidumbre administrativa de acueducto no puede ser ejercitada como una servidumbre administrativa de tránsito. Es la clase o especie del uso a que está destinada la servidumbre lo que determina el ámbito y modo de ejercicio de ella.²⁸

10.2 CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE ADMINISTRATIVA.

28. Herrera Solís, Yamil. Las servidumbres Públicas en la legislación Nicaragüense. Pág. 11- 15.

Las servidumbres administrativas son creadas e impuestas por la ley, pudiendo completarse mediante un acto administrativo. Por ejemplo, el capítulo VII de la Ley Sobre la Industria Eléctrica, “De las Servidumbres”, en su arto. 61 crea las siguientes servidumbres administrativas: 1. De acueducto y de obras hidroeléctricas; 2. De electro-ducto para establecer líneas de transmisión y de distribución; 3. De líneas telefónicas, telegráficas y cable-carril; 4. De instalaciones de radio y de televisión; y 5.

De paso, para construir senderos, trochas, caminos y ferrovial. La misma ley, que hemos tomado de ejemplo dispone que las servidumbres comprendidas en la relación anterior podrán establecerse mediante tratos directos con el propietario del predio sirviente respecto al monto de las compensaciones e indemnizaciones procedentes. (Arto. 68). Esto es así por que la servidumbre administrativa genera una disminución en el goce exclusivo del objeto de propiedad afectado por la servidumbre, lo que determina una ventaja a favor de la comunidad representada por la entidad pública que establece la servidumbre, y, en consecuencia otorga un derecho a ser indemnizado.

La servidumbre, dice Bielsa, siempre autoriza la indemnización: ella importa una desmembración del derecho de propiedad, por virtud de la cual cesa la exclusividad del propietario y del goce de su derecho.

Las leyes creadoras de servidumbres administrativas establecen los procedimientos para su constitución; como esta clase de servidumbre, cuando no pueden establecerse por acuerdo directo con los propietarios de los predio sirvientes, son impuestas por la administración, si la respectiva ley no señala un procedimiento especial, generalmente se aplica el procedimiento expropiatorio. En

efecto, nuestra ley de expropiación dispone, que si la demanda (cuando no se trata de expropiación) tuviere por objeto la constitución de servidumbre administrativa, el monto de la indemnización, no será mayor del 15% del valor de la parte del inmueble afectado por la servidumbre, más los daños efectivos que ocasionare la construcción de la obra (inciso 2º del arto 17).²⁹

10.3 FORMAS DE EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS.

Las servidumbres de derecho público, por diferentes que sean sus formas jurídicas y su manera de originarse, pertenece una vez nacida íntegramente al derecho público. En consecuencia no se somete a las causas de extinción que el derecho civil establece para las instituciones que se les asemejan.

No se extinguen por falta de uso no por convención, confusión o por inobservancia de las formalidades prescritas por el derecho civil para conservar las servidumbres.

Las maneras en que se extinguen éstas difieren todavía conforme a las dos especies principales.

a. Para la servidumbre de la cosa pública, la única que debe tomarse en consideración es la que vale para la propiedad pública: *la desafectación*; todo lo que puede decirse al respecto al estudiarse la propiedad pública, es aplicable a la servidumbre. Sólo hay diferencia en lo que resta una vez realizada la

29. Fraga Gavino, Derecho Administrativo. Pág. 365 – 366.

desafectación; mientras que al desafectar la propiedad pública queda una propiedad privada de aquél que hasta entonces fue dueño de la cosa pública, en nuestra institución quedaría una servidumbre de derecho civil.

Esta podrá ser sólo una servidumbre personal perteneciente al Estado o al Municipio que hasta ese momento servía al camino, a la cañería pública, etc. Su contenido será el mismo que tenía la servidumbre pública. Pero ella estará posteriormente sometida a las reglas del derecho civil.

Se podrá disponer de ella y usarla por acto del derecho civil; se extinguirá por prescripción conforme las reglas que rigen, en el código civil, esta institución. Mientras exista será protegida por la justicia civil como cualquiera otra servidumbre; tampoco habrá ya para ella policía de la cosa pública.

b) La servidumbre pública impuesta podrá extinguirse por una reforma de la ley de la cual ha tomado su existencia; esto, nada tiene de particular. Pero cuando la realización ha sido confiada a un acto administrativo a emitirse mediante libre apreciación, lo que se considera una disposición el cambio es este acto, que la autoridad tiene libertad para hacer, será una causa especial de extinción de la servidumbre. El inmueble sometido quedará libre; quizás otro inmueble será gravado al mismo tiempo para reemplazarlo.

En éste caso será posible que la servidumbre llegue a su fin en virtud de la expiración del plano por el cual se constituyó. El acto administrativo que la creó puede haber fijado ese plano. En ciertos casos la ley no autoriza para imponer la servidumbre más que para una

duración determinada. Vencido ese plazo, ella se extingue por si sola.

Sin embargo, el caso más importante de extinción será el caso de la empresa en beneficio de la cual se ha constituido; la servidumbre militar se extingue por desafectarse la fortificación; el derecho de extracción de materiales o la ocupación temporaria se extingue al concluir los trabajos de construcción para los cuales se había creado; esto hace ver hasta que punto la institución pública determinada toma el lugar del predio dominante. La desaparición de la institución de carácter público tiene el mismo efecto que en derecho civil la desaparición de ese predium dominans.³⁰

10.4 SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE.

Al intentar clarificar las diferentes servidumbres públicas que nuestra legislación contempla, resulta una tarea fatigosa el poderlas encuadernar de la misma manera que muchos autores las enumeran.

Esto resulta debido a que nuestra legislación no encierra en forma ordenada tanto la constitución de tales servidumbres, así como sus efectos, extinciones, etc.

Nuestra legislación suele confundir servidumbres de una categoría con otras, quizás debido, a las diferentes maneras en que la administración conceptúa estas instituciones o a las formas en que la administración hace incidir su supremacía sobre el derecho adquirido de los particulares.

30. Herrera Solís, Yamil. Ob. Cit. Pág. 30.

No distingue nuestra legislación las dos categorías de servidumbre a las que hace mención la doctrina en forma general.

10.5. DIFERENCIAS ENTRE SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS Y LAS DEL DERECHO CIVIL.

Es fácil observar en estas servidumbres públicas la ausencia de algunas de las características que son propias de las del derecho civil.

a) La existencia de un predio dominante no es fácil de descubrir en muchas de ellas, ejemplo: limitaciones de la propiedad con fines urbanos por razones generales de ornato, obligaciones de soportar garfios, postes para el paso de fluido eléctrico, etc. en ciertas edificaciones. En todo caso, se dice, esas servidumbres no se ligan jamás pura y simplemente a un inmueble, sino que sólo existen por el tiempo y en la medida en que este inmueble sirve a un servicio público determinado, y al cesar este servicio, cesa la servidumbre.

b) Además, las servidumbres de carácter administrativo, están fuera del comercio humano, por lo que no se extinguen ni se modifican por convenio ni por prescripción. Únicamente cesan, al cesar el servicio público a que están afectadas.

c) Finalmente, se indica, las servidumbres del derecho civil consisten en no hacer o en dejar de hacer y las llamadas servidumbres administrativas pueden consistir en hacer (construir aceras, plantar árboles, remodelar fachadas, etc.).³¹

31. Herrera Solís, Yamil. Ob. Cit. Pág. 14.

CAPÍTULO II

DERECHOS, OBLIGACIONES Y ACCIONES DEL PROPIETARIO DEL PREDIO DOMINANTE Y SIRVIENTE.

1. En cuanto a los derechos, obligaciones y acciones del propietario del predio dominante y sirviente, algunos juristas entre ellos, Puig Brutau³², Manresa y Navarro³³, son unánimes en señalar lo siguiente,

1.1 PREDIO DOMINANTE:

a) Derechos

- Ejercitar la servidumbre, ya consista en un uso o en un aprovechamiento determinado, o en la prohibición de un uso.
- Hacer las obras necesarias para el uso y conservación.
- Exigir el paso previa indemnización.
- Que la anchura de la servidumbre sea la que baste al predio dominante.
- Si la heredad quedare enclavada por venta, permuta o partición puede el propietario de ésta exigir el paso sin indemnización.

b) Obligaciones

- No puede alterar la servidumbre ni hacerla más gravosa.

32. Puig Brutau, José, Obra citada, Pág. 404. 33. Manresa y Navarro. Ob. Cit. Pág. 572.

- Para hacer las obras de uso y conservación, deberá elegir el tiempo y forma que ocasione menor incomodidad al predio sirviente.
- Si son varios los propietarios del predio dominante, todos están obligados a contribuir en los gastos de uso y conservación.

1.2 PREDIO SIRVIENTE,

a) Derechos

- Podrá variar a su costa el lugar de la servidumbre si ésta llegare a ser muy incómoda para él o le privare de hacer obras o mejoras importantes.
- Tiene el derecho a que la servidumbre se constituya por el punto menos perjudicial para él.
- Puede pedir la extinción de la servidumbre si ésta dejara de ser necesaria.

b) Obligaciones

- Si utilizare en algún modo la servidumbre está obligado a contribuir a los gastos.
- No puede menoscabar el uso de la servidumbre constituida.
- Está obligado a consentir el paso, previa indemnización, para la construcción y reparación de edificios.

2. Es importante señalar que los planteamientos indicados, coinciden notoriamente con lo establecido en nuestra legislación civil, veámoslo en el mismo orden:

2.1 PREDIO DOMINANTE,

a) Derechos

Arto 1562C “El que tiene derecho una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla, y puede hacer todas las obras indispensables para este objeto, pero a su costa (...)”

Arto. 1628.1C “(...) obtener el paso (...) para la explotación y uso conveniente de su propiedad”. Arto 1628.3C “(...) ensanchar la vía para el paso de vehículo”.

Puede, pues, la servidumbre establecerse del lado en que el trayecto no sea mas corto si así se evitan mayores daños. O pueden establecerse sobre otros predios que no ofrezcan la línea más corta si esta fuera más perjudicial. Según esto, pues, lo que se busca es causar el menor daño al predio que sufre la servidumbre. Pero ¿ podrá seguirse esa regla en interés del dueño del predio dominante?. Es decir: ¿se podrá pretender que se aparte la línea mas corta, y seguir otra, si se alega que el terreno de la línea mas corta es la de mayor valor, a fin de reducir la correspondiente indemnización?.La letra de la ley parece oponerse a esto último, aunque el espíritu está en favor de una interpretación extensiva.³⁴

Arto 1634C “La anchura (...) será la que baste al predio dominante”.

Este artículo dice que la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante. Eso quiere decir

34. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 555.

que “el dueño del predio enclavado es libre de hacer todas las innovaciones que juzgue útiles; pues la servidumbre de paso no se limita a las necesidades actuales, y puede variar a medida que varíen las necesidades del predio enclavado, según la destinación que se diere a este ultimo; porque es preciso que todo propietario saque de su predio toda la utilidad posible”.³⁵

b) Obligaciones

- Arto 1629 C. “Se deberá siempre una indemnización proporcional al daño causado por el acceso o paso (...)”.

Para fijar la indemnización el juez debe tomar en cuenta solo el daño causado por el acceso o paso; y no el provecho que saca el predio enclavado.

- Arto 1636 C. “(...) el obligado a la servidumbre será aquel por donde fuere más corta la distancia (...)”.

2.2 PREDIO SIRVIENTE

a) Derechos

- Arto 1628 C. “(El) paso debe establecerse del lado en que el trayecto del predio (...) es más corto a la vía pública (...)”.

La servidumbre debe establecerse del lado en que el trayecto sea mas corto, y así se evitan mayores daños. Lo que se busca es causar el menor daño al predio que la sufre, esto es que se de por el

35. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 556.

punto menos perjudicial.

- Arto 1629C “(A recibir)... indemnización... por el acceso o paso (...)”.

La indemnización puede consistir en anualidades; y el propietario del predio sirviente podría interceptar el paso si no se le pagare cumplidamente.

- Arto 1631C “El acceso o paso puede suprimirse en cualquier época cuando cesa de ser necesario”.

Este artículo atribuye al dueño del predio sirviente el derecho para pedir que se suprima la servidumbre de paso, cuando cesa de ser necesario, por la reunión del predio dominante a otro que esté contiguo a la vía pública. Racionalmente se entiende aunque para facilitar el acceso referido se hagan gastos por el dueño del predio dominante. Pero la norma no es en modo alguno aplicable cuando para aquel objeto es preciso variar la naturaleza propia y especial de la finca por la que habría de abrirse el paso que sustituyera al concedido.³⁶

b) Obligaciones

- Arto 1627C. “(...) permitir el acceso y paso por su propiedad (...)”.

- Arto 1630C. “(Dar el paso) por efecto de venta, cambio o partición... sin ninguna indemnización”.

Así, pues, si por una partición unan finca fuere dividida en varias parcelas, de las cuales unas quedaran enclavadas; o si por una venta

36. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 556

de una parte de una finca, la porción vendida quedare enclavada: en esos casos el que quedo encerrado tiene derecho a pedir el paso sin pagar indemnización. A la inversa el vendedor podrá exigir el pase al comprador, si fuere la porción del vendedor la que quedo enclavada. Lo mismo seria si dos partes de una misma finca hubiesen sido vendidas a dos propietarios diferentes.

La razón es que en una partición las partes se deben recíprocamente la garantía; y si uno de ellos, por quedar enclavada, se hallare en la imposibilidad de explotar su finca, eso equivaldría a una evicción, pues es lo mismo ser privado de un bien. La misma obligación de garantía existe con respecto al vendedor o permutante. A demás, todo vendedor está obligado a entregar la cosa vendida con sus accesorios, sus usos, etc.³⁷

- Arto 1635C "(Permitir el paso) para construir o reparar algún edificio, pasar materiales... o colocar en él, andamios u otros objetos para la obra (...)"

3. ACCIONES EN DEFENSA DE LA SERVIDUMBRE.

Hacemos breve referencia a los medios jurídicos de protección en materia de servidumbres, tanto desde un punto de vista activo como pasivo. Así, ya desde el derecho romano, la acción propia del titular de la servidumbre, era la **confesoria**. En base a la cual se pretendía hacer confesar o producir el reconocimiento de su derecho de servidumbre; mientras que el dueño del predio sirviente, que pretendía mantener éste libre de cargas, podía oponer la **acción negatoria**, acciones que

37. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 555

aún hoy día, conservan su denominación.

De las servidumbres, como todo derecho real, nacen dos acciones. Una que tiende a amparar el derecho mismo aunque se haya perdido su ejercicio y procede contra todo tercero que pretenda negarlo, y otra que se dirige a proteger su ejercicio, y procede contra todo perturbador de la servidumbre. La primera se llama **acción confesoria**, por que su objeto es hacer confesar la existencia de la servidumbre. La segunda no es más que una aplicación de los interdictos y no puede negarse al poseedor de una servidumbre bajo pretexto de no permitirse la prescripción en ciertos casos, por que equivaldría a negarla también al propietario, o a exigir siempre la prueba del derecho, y no la del ejercicio o posesión de la servidumbre.

Por su parte, al propietario de predio sirviente corresponden todas las acciones emanadas del dominio, y entre ellas la **acción negatoria**, que se funda en el principio de que la propiedad es libre mientras no se pruebe lo contrario, y tiene aplicación especial a las servidumbres. Así, al paso que la **acción confesoria** afirma la existencia de una servidumbre, la **acción negatoria** sostiene la libertad de la finca. Estas acciones solo pueden ejercitarse por cada uno de los dueños de los predios dominante y sirviente; mas así como al propietario o poseedor del predio sirviente le basta probar su propiedad o su posesión, el poseedor o dueño del predio dominante a de probar la existencia de la servidumbre, sea en virtud de título o por la prescripción, o en los casos en que proceda, con arreglo al código o a las leyes anteriores.

A demás, y según los casos, son utilizables por una parte para defender su dominio libre, y por otra parte para defender su servidumbre los interdictos de **retener o recobrar, de obras nuevas o**

de obras ruinosas, estos últimos de basta utilidad en los supuestos a que se refiere el arto 1575C: “El dueño del predio dominante tiene el derecho de hacer en el predio sirviente todas las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, de modo que no la altere ni la altere ni la haga más onerosa”. Por ejemplo si se trata de una servidumbre de paso puede hacer pavimentar o macadamizar el camino si es necesario para el ejercicio de la servidumbre.

Las obras deben ser necesarias al ejercicio de la servidumbre (su uso y conservación), cuestión de hecho que se aclara con el dictamen de expertos, y cuyo costo es a cargo del propietario del predio dominante; sin causar molestias que hagan mas onerosa la servidumbre; aunque el dueño de la servidumbre no tiene que pagar perjuicios inevitables, que sean el resultado de la ejecución bien conducida de las obras; ni tampoco esta obligado a hacer obras útiles en el predio sirviente, para disminuir la incomodidad inherente a la servidumbre o a su ejercicio normal . De todos modos el efecto, de los interdictos en cuanto a aquella servidumbre no susceptible de ser adquirida por prescripción se contrarresta eficazmente mediante el ejercicio de la acción negatoria, como a su vez la acción confesoria puede servir de recurso supremo y eficaz al dueño del predio dominante vencido en alguna ocasión por el interdicto de retener o recobrar.

Estos interdictos los encontramos reflejados en el arto.1650 Pr, el que preceptúa en el numeral 2º que puede recuperarse la posesión del derecho de servidumbre con una querrela de restitución. En el numeral 3º encontramos la querrela de restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los mismos bienes, cuando dichas posesiones o mera tenencia hubieren sido violentamente arrebatados, en el 4º la denuncia

de obra nueva que impide una obra nueva y en el 5º la denuncia de obra ruinoso, que impide que una obra ruinoso o peligroso cause daño.

Del arto. 1579C. se desprende que el que pretende que se haga reconocer la existencia de una servidumbre, tiene la acción que, desde los tiempos de los jurisconsultos romanos, se llama acción confesoria. El que pretenda que se libre su predio de una servidumbre, ilegalmente establecida, tiene la acción negatoria. Las dos acciones son análogas a la reivindicatoria, y están sometidas a las mismas reglas, salvo en lo que respecta a la prueba.³⁸

Arto 1562.C: “El que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla, y puede hacer todas las obras indispensables para eso objeto, pero a su costa, sino se ha estipulado lo contrario (...).

Arto 1563C: “El dueño del predio sirviente no podrá en manera alguna estorbar el uso de la servidumbre constituida (...).

La acción confesoria, que puede ejercerse como acción directa para hace declarar la existencia de la servidumbre probando su título a ella o como excepción cuando es para contestar la acción negatoria entablada por el poseedor de fundo sirviente contra el fundo dominante.

Algunos creen erróneamente que entre estas acciones debe contarse también la acción reivindicatoria, por cuanto la tiene también el usuario y el usufructuario.

38. Cuadra Zavala, Joaquín. Ob. Cit. Pág. 543.

Como la acción reivindicatoria tiene por objeto, recuperar la posesión de una cosa, se explica que le sea acordada al usuario, usufructuario, etc. (el uso del usufructo no es servidumbre), de esta manera lo vemos reflejado en el arto.1434C. de nuestra legislación.

Las acciones y excepciones posesorias pueden establecerse, según nuestro derecho para reclamar cualquier clase de servidumbre, continua o discontinua, aparente o no aparente.

Ciertas reglas establecidas para el ejercicio de la acción reivindicatoria son aplicables a las acciones posesorias cuando tienen por objeto recuperar el ejercicio de las servidumbres³⁹,

39. Argentina. Código Civil. Pág. 346.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SERVIDUMBRE DE PASO DE NUESTRA LEGISLACIÓN CON EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA, MÉXICO, CHILE.

En el presente y último capítulo, centrado en el análisis jurídico de la Servidumbre de Paso en el Derecho Comparado, dirigimos la atención en las legislaciones de: España, México, Chile y Nicaragua; refiriéndonos principalmente a la constitución, clasificación y modos de extinción de la ya citada Servidumbre de Paso.

Debemos aclarar que hemos considerado oportuno hacer este análisis abarcando los tres aspectos, objeto de esta unidad, como lo son constitución, clasificación y extinción de la servidumbre de paso.

1. CONSTITUCIÓN

1.1 ESPAÑA.

Iniciamos con la legislación española por el mérito histórico que la madre patria tiene para con las naciones latinoamericanas.

Esta legislación en su arto 565 señala: “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”.

Por su parte el arto 566 dice: “La anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante”.

Se contienen en estos dos artículos las condiciones generales con que

debe establecerse la servidumbre forzosa de paso.

El arto. 565 atiende, al interés del predio sirviente al menor perjuicio, debe tenerse en cuenta que, una vez reconocida la necesidad de dar salida a un camino público a una finca o heredad, puede ocurrir que haya posibilidad material de obtenerla o practicarla a través indistintamente de varios predios, todos ellos lindantes. Ahora bien: ¿cómo se puede resolver la duda natural de por cuál de los precios se ha de establecer la servidumbre? El criterio, en general, ha de ser el mismo que debe presidir para señalar la servidumbre por una misma finca, cuando para establecer el paso no hay más que un solo predio que atravesar: es necesario siempre establecerlo por donde sea más breve y por donde cause menos daño. El ideal, en el establecimiento de esta servidumbre, está, pues, en la mayor brevedad y en el daño mínimo. La dificultad está en que esas dos condiciones no siempre concurren paralelamente.

El arto. 566 referido a la anchura de la servidumbre lleva a sentar el principio de que la servidumbre de paso podrá modificarse, después de establecida, según lo exige las necesidades del predio dominante. Como advierte Ricci, impuesto el paso en atención a las necesidades de la finca o heredad, no tiene más remedio sino sufrir las contingencias y variaciones de estas necesidades.

No olvidemos mencionar el arto. 567 por cuanto dice: “Si, adquirida una finca por venta, permuta o partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, éstos están obligados a dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario”.

Para que el dueño de una finca pueda pedir servidumbre legal sin

deber indemnización, es preciso que la haya adquirido o por compra, permuta o división, y que en consecuencia, hubiese quedado enclavada entre otras fincas del vendedor, permutante o copartícipe, de donde resulta que el paso debe ser concedido por cualquiera de estos, sobre el fundo que limita y cierra al otro, aun cuando no concurren los requisitos a que se refiere el arto. 565, esto es, la menor distancia del predio dominante al camino público y el menor perjuicio al predio sirviente, en concurrencia con otros, toda vez que, en el supuesto del arto. 567, la servidumbre se debe en virtud de un convenio tácito o por voluntad presunta de los contratantes.

1.2 MÉXICO.

México por su parte reconoce cinco fuentes en cuanto al instrumento en que ésta se constituye.

b. El contrato, b) el acto jurídico unilateral, c) el testamento, d) la prescripción y e) la ley.

a) **Contrato:** las servidumbres nacidas por contrato implican una enajenación de la parte de la propiedad, al imponerse el dueño del predio sirviente una restricción al ejercicio absoluto de su dominio. Por consiguiente, es por medio de contratos traslativo de su dominio como se da lugar a las servidumbres voluntarias y sólo las personas capaces de enajenar bienes raíces pueden constituir servidumbre. Los incapaces, menores o enajenadores, y los menores emancipados no pueden constituir servidumbres por contrato, porque implican actos de enajenación para cuya validez se requiere el consentimiento de la persona que ejercita la patria potestad, del tutor, o del juez en su caso. Por contrato pueden estipularse diferentes gravámenes, regulando la

forma de uso de una determinada servidumbre, incluso las servidumbres legales.

b) **Acto jurídico unilateral:** el arto 1067 dispone que las servidumbres pueden constituirse por “voluntad del hombre”, aludiendo así al acto unilateral, al contrato y al testamento, sin que haya razón jurídica para solo comprender los dos últimos actos.

c) **Testamento:** las servidumbres nacidas de testamentos implican también una limitación voluntaria que el autor de la sucesión impone a un predio de su propiedad en beneficio del dueño del predio dominante.

d) **Prescripción:** las servidumbres nacidas por la prescripción suponen, que se esté en posesión del derecho que se trata de adquirir; en este caso la posesión de la servidumbre se traduce en la ejecución de actos que revelen su ejercicio. Por ejemplo, se quiere adquirir por prescripción la servidumbre de paso: se habrán de ejecutar actos por el dueño del predio que será dominante consistentes en pasar como si ya estuviera constituida la servidumbre, y ese ejercicio debe ser continuo, pacífico y publico, en forma tal que se haga del conocimiento del dueño del predio que será sirviente.

La prescripción no es una forma de adquirir toda clase de servidumbre; todas las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción; las servidumbres discontinuas y las no aparentes no pueden adquirirse por prescripción, la razón que parece tomar en cuenta la ley es la siguiente, sólo las servidumbres continuas pueden ser materia de una posesión continua; las servidumbres discontinuas, por su propia naturaleza, no podrán ser objeto de posesión continua,

faltando este requisito nunca podrá por prescripción; además, se necesita que la servidumbre sea aparente, no basta con que sea continua; una servidumbre continua no aparente, no puede adquirirse por prescripción.

En realidad, esta explicación carece de fundamento, supuesto que puede existir una servidumbre discontinua que se esté disfrutando constantemente (por ejemplo, servidumbre de paso que continuamente se realice), y que, por lo tanto, debería ser susceptible de adquirirse por prescripción y porque la continuidad en la prescripción sólo significa: no interrupción legal.

e) **Ley:** la ley debe ser puesta en movimiento por un hecho, acto o estado jurídico para dar origen a las servidumbres.

Modalidades que pueden afectar la constitución de las servidumbres: las servidumbres, pueden sufrir modalidades en su contenido, es decir, pueden quedar sujetas a una condición o a un término. También la modalidad puede consistir en que el dominio que se tenga sobre los predios sea revocable y, por consiguiente, la servidumbre quedará también afectada a esa modalidad.

1.3 CHILE

Advierte Chile por su parte en el arto. 882 “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o prescripción de diez años, contados como para la adquisición del

dominio de los fundos”. De el se desprende que: “El título constitutivo de servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente...”, (según el arto. 883). Además aclara que: “Se puede adquirir y perder por prescripción. (Arto. 888)

1.4 NICARAGUA

Al igual que en la legislación española, en la nuestra encontramos una gran similitud en las forma de constituirse la servidumbre de paso es así que el arto 1628C párrafo segundo coincide con arto. 565 español al establecer: que el “(...) paso debe establecerse del lado en que el trayecto del predio que está enclavado es más corto a la vía pública y causa el menor daño al predio sobre que se ha acordado (...)”.

Continúa expresando el arto. 1628C que el que “(...) teniendo derecho de tránsito por la propiedad de otro, necesita ensanchar la vía para el paso de vehículo”.

Siguiendo el modelo del arto. 566 de España el 1630C nuestro prescribe:

“Si el predio estuviere cerrado por todos los lados por efecto de venta, cambio o partición, los vendedores permutantes o copartícipes, están obligados a dar el paso sin ninguna indemnización”.

Arto. 1634C “La anchura de la servidumbre de paso será la que baste al predio dominante”.

2. CLASIFICACIÓN.

2.1 ESPAÑA

Esta legislación regula tres clases de paso: permanente, transitorio y para ganado.

a) Paso con carácter permanente: está regulado en los artículos 564 a 568 del Código civil. “El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización” (arto.564, párrafo primero), excepto cuando haya sido adquirida una finca por venta, permuta o partición y haya quedado enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, en cuyo caso éstos están obligados a dar paso sin indemnización si no se ha pactado lo contrario (arto. 567). La indemnización en su caso, deberá consistir en el valor del terreno que se ocupe y en el importe de los perjuicios que se causen en el predio sirviente, si ha de quedar establecida una vía permanente y suficiente para todas las necesidades del predio dominante (arto. 564, párrafo segundo); y sólo deberá consistir en el abono o resarcimiento del perjuicio ocasionado cuando no se establezca una vía permanente sino únicamente el paso necesario para el cultivo del predio dominante y para la extracción de las cosechas (arto. 564, párrafo tercero). Según el Código, “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” (arto. 565). Además, “la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante” (arto. 566). Mención especial merece el último artículo que el Código dedica a esta clase de servidumbre de paso, pues, en realidad, se trata de un medio de extinción de la servidumbre distinto de los que, con carácter general, reconoce el art. 546. Dice el art. 568 que “si el paso concedido a

una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiere por indemnización. Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada.

b) Paso con carácter transitorio: el arto. 569 del Código dispone que “si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondientemente al perjuicio que se le irroque”.

c) Paso para ganado: el Código distingue entre las servidumbres ya existentes de paso para ganados y las que puedan constituirse en lo sucesivo. Por lo que afecta a las primeras, determina el primer párrafo del arto. 570 que “las servidumbres existentes de paso para ganado, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda o cualquiera otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamento del ramo, y , en su defecto, por el uso y costumbre del lugar”

2.2 MÉXICO.

EN esta legislación encontramos comprendidas distintas variedades de paso:

Primera: es la que se origina cuando un predio se encuentra enclavado entre otras sin paso o acceso a una vía pública, sino a través de esos predios circunvecinos, así lo señala el artículo 1097 “El propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas sin salida a la vía

pública, tiene derecho de exigir paso, para el aprovechamiento de aquella, por las heredades vecinas, sin que sus respectivos dueños puedan reclamarse otras cosas que una indemnización equivalente al perjuicio que les ocasione este gravamen”.

Segundo: la de abrevadero. Esta servidumbre tiene por objeto permitir que los ganados de un predio que no tiene agua y acceso a una vía pública, pasen por uno o varios predios ajenos circunvecinos, para llegar a un abrevadero perteneciente al dueño del predio dominante o de uso común, así lo aclara el artículo 1105 “El dueño de un predio rústico tiene derecho, mediante la indemnización correspondiente, de exigir que se le permita el paso de sus ganados por los predios vecinos, para conducirlos a un abrevadero de que pueda disponer”

Tercero: servidumbre de paso para la recolección de los frutos, en los casos en que los árboles frutales estén próximos a los límites de las propiedades, de tal suerte que su propietario, para recolectar los frutos, no pueda hacerlo de su lado, sino que tenga que pasar al predio ajeno, esto lo podemos notar en el artículo 1106 “El propietario de árbol o arbusto contiguo al predio de otro, tiene derecho de exigir de éste que le permita hacer la recolección de los frutos que no se pueden recoger de su lado, siempre que no se haya usado o no se use del derecho que conceden los artículos 847 y 848, pero el dueño del árbol o arbusto es responsable de cualquier daño que cause con motivo de la recolección”.

Cuarta: la de instalación de andamios y paso de materiales, personas y vehículos para la construcción de un edificio, cuando por la situación de éste sólo pueda llevarse a cabo la reparación o construcción penetrando a un predio ajeno colindante. En este caso el dueño de

éste, tiene la obligación de permitir, mediante una indemnización, el paso de materiales, de personas, de animales y vehículos necesarios, así lo plasma el artículo 1107 “Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno o colocar en el andamios u otros objetos para la obra el dueño de este predio estará obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroge.

Quinta: finalmente, el Código ha creado una variedad si para la instalación de líneas telefónicas entre dos fincas o de cables de energía eléctrica es necesario atravesar predios y colocar postes. Se impone por disposición legal esta servidumbre a todos aquellos predios que sea necesario cruzar. Consiste en permitir que se invada una faja de terreno para la instalación de los postes, cables de energía eléctrica o hilos de teléfono, previa la indemnización correspondiente al terreno invadido y a los daños y perjuicios que se causen por las obras que se ejecuten y por la división del predio. Esta servidumbre se concede para establecer comunicaciones telefónicas particulares entre dos o más fincas, o para conducir energías eléctricas de un predio a otro, esto queda bien claro en el artículo 1108 “ Cuando para establecer comunicaciones telefónicas particulares entre dos o más fincas, o para conducir energía eléctrica a una finca, sea necesario colocar postes y tender alambres en terrenos de una finca ajena, el dueño de ésta tiene obligación de permitirlo, mediante la indemnización correspondiente. Esta servidumbre trae consigo el derecho de transito de las personas y el de conducción de los materiales necesarios para la construcción y vigilancia de la línea”.

2.3 CHILE

En este mismo sentido la legislación chilena estipula en su artículo 828: “El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en al heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente”

Arto 881 “Si el dueño de un predio establece un servicio continuo y aparente a favor de otro predio que también le pertenece, y enajena después uno de ellos, o pasan a ser de diversos dueños por partición, subsistirá el mismo servicio con el carácter de servidumbre entre los dos predios, a menos que en el título constitutivo de la enajena o de la partición se haya establecido otra cosa”.

Ambos artículos están referidos a la servidumbre con carácter permanente.

2.4 NICARAGUA

La clasificación de la servidumbre de paso, se encuentra en los códigos de todos los países, sin embargo en nuestra legislación la “servidumbre de paso para ganado”, no se encuentra regulada como en la legislación española, ni tampoco encontramos en la nuestra la servidumbre de abrevadero, la de paso para la recolección de los frutos, muchos menos la creada para la instalación de líneas telefónicas y cables de energía eléctrica, como se regula en la legislación Mexicana.

Así por ejemplo en nuestra legislación encontramos,

Arto 1628C “(...) este paso debe establecerse del lado en que el trayecto del predio que está enclavado es más corto a la vía pública y

causa el menor daño al predio sobre que se ha acordado (...)"

Arto 1630C "Si el predio estuviere cerrado por todos los lados por efecto de venta, cambio o partición, los vendedores permutantes o copartícipes, están obligados a dar el paso sin ninguna indemnización".

Arto 1631C "Si el paso concedido a un predio enclavado cesa de ser necesario por la reunión del mismo a otro que esté contiguo a la vía pública, puede suprimirse en cualquier época, a petición del propietario del predio sirviente, mediante la restitución de la indemnización recibida o la cesación de la anualidad que se haya convenido. Lo mismo tiene lugar si se abriere un nuevo camino que sirva a la propiedad ya enclavada".

Arto 1633C "Cuando se limite al paso necesario para el cultivo de una finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas a través del predio sirviente, sin vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que ocasione este gravamen"

Arto 1634C "La anchura de la servidumbre de paso, será la que baste al predio dominante".

Paso con carácter transitorio

Arto 1635C "Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en el andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio esta obligado a consentirlo recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque"

3. EXTINCIÓN

3.1 ESPAÑA

Esta se encuentra regulada en el artículo 568 el cual preceptúa: “Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiere recibido por indemnización.

Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada”.

Según los términos de éste artículo, no ha lugar a duda; en cuanto cesa la necesidad de la servidumbre, ésta puede cesar, esto es, la servidumbre pierde el carácter legal de forzosa.

La cesación de la necesidad puede ocurrir, de dos maneras: o por la reunión de la finca dominante a otra de igual dueño que este continua al camino público, o por la apertura de un nuevo camino que ponga en comunicación la finca enclavada con la vía pública.

El fundo que se une al aislado debe estar contiguo al camino público: si falta esta circunstancia la servidumbre no se extingue. En virtud de la apertura de un camino público que toque en el fundo, antes aislado de él, es preciso afirmar, como principio que el tal camino resulte en condiciones y sea de naturaleza adecuada para satisfacer las necesidades de aquel.

3.2 EN MÉXICO.

Las servidumbres legales tienen reglas especiales de extinción por cuanto que como no han nacido de la voluntad de las partes si no de

una necesidad impuesta por la situación de los predios o por un interés general, es lógico que su extinción no dependa exclusivamente de la voluntad; en cambio, en las servidumbres voluntarias que han nacido exclusivamente por la voluntad de las partes, su extinción debe también depender de la misma. Por ésta razón las servidumbres legales se **extinguen temporalmente** cuando los predios pasan a propiedad o poder de un solo dueño, arto. 1129 “ Si los predios entre los que está constituida una servidumbre legal pasan a poder un mismo dueño, deja de existir la servidumbre; pero separada nuevamente las propiedades, revive aquella, aun cuando no se haya conservado ningún signo aparente”. La razón por ello es evidente: si la servidumbre se ha impuesto por una situación natural de los predios, por la necesidad de un paso, es claro que mientras los predios estén reunidos no habrá servidumbre, aplicando el principio de que nadie puede adquirir servidumbre sobre su propiedad; pero en el momento en el cual los predios se separan, la servidumbre renacerá, como también habrá de constituirse servidumbre cuando un predio se fraccione y las diferentes fracciones necesiten, por su situación natural de desnivel o por estar encajadas, el paso.

La prescripción también con modalidades especiales para la extinción de las servidumbres legales. En tanto que en las voluntarias el no uso y la oposición del dueño del predio sirviente bastan para extinguirlas, en las legales el no uso puede ser temporal, debido a la interrupción de un fenómeno, por ejemplo, en una época de sequía que no amerite la servidumbre, pero pueda después renacer la necesidad de la servidumbre. En ese caso no basta el no uso para extinguirla, lo principal es que el predio dominante pueda satisfacer su necesidad de paso, independientemente que haya usado o no de gravamen en un

cierto tiempo. Entonces se combinan los dos principios: para la extinción de una servidumbre es necesario que el no uso se deba a que el predio dominante a constituido otra servidumbre en distinto predio que le permita satisfacer sus necesidades; mientras que no se reúnan estos requisitos, el no uso no es suficiente. Además es necesario que el no uso se prolongue por cinco años. Puede el predio dominante tener ya constituida una servidumbre en otro predio y no usar la primera en uno, dos, tres y cuatro, hasta menos de cinco años. A pesar de tener una servidumbre, en cualquier momento en que vuelva usar la primera, antes del plazo de cinco años, se interrumpe el término de prescripción, es decir, se inutiliza todo el plazo transcurrido y será menester que vuelva a contarse un no uso ininterrumpido durante cinco años.

El art. 1131 establece “El dueño de un predio sujeto a una servidumbre legal puede, por medio de convenio, librarse de ella, con las restricciones siguientes: I Si la servidumbre esta constituida a favor de un municipio o población, no surtirá el convenio efecto alguno respecto de toda la comunidad, sino se ha celebrado interviniendo el ayuntamiento en representación de ella, pero sí producirá acción contra cada uno de los particulares que hayan renunciado a dicha servidumbre; II Si la servidumbre es de uso público, el convenio es nulo en todo caso; III Si la servidumbre es de paso o desagüe, el convenio se entenderá celebrado con la condición de que lo aprueben los dueños de los predios circunvecinos, o por lo menos, el dueño del predio por donde nuevamente se constituya la servidumbre (...) como lo señala este artículo, las servidumbres legales pueden extinguirse por **convenio**, es decir, por una renuncia gratuita u onerosa; pero la simple voluntad de las partes no es suficiente, o en otros términos, no en todo

caso se puede extinguir una servidumbre legal por convenio. En primer lugar, la servidumbre es de interés público, el convenio es nulo; a pesar del convenio renace la servidumbre en el momento en que quiera usarse, aplicando el Principio de que los particulares no pueden afectar intereses de utilidad general. En segundo lugar, si la servidumbre legal no es de interés público, pero está constituida a favor de una población, de una ciudad, de una comunidad, la única persona que puede pactar la renuncia de la servidumbre es el Municipio, por conducto del ayuntamiento, como representante de la comunidad, y sólo así la renuncia será válida. Puede pactarse por alguno o algunos particulares la renuncia, pero en este caso sólo a ellos perjudica y no a la comunidad.

Para la servidumbre de paso se requiere, además, cuando se renuncia por convenio, que no haya oposición de los dueños de los predios circunvecinos, que están interesados en que una servidumbre ya constituida no se extinga, porque entonces pueden sus predios verse amenazados con una nueva servidumbre.

Respecto a las causas de extinción por **prescripción negativa**, cuando la servidumbre se constituya a favor de diversas personas (bien sea porque el predio dominante sea objeto de copropiedad o porque existan diversos predios dominantes), se regulan formas de interrupción que aprovechan a todos los beneficiarios, bastando el acto de uno solo de ellos, de un copropietario o de uno de los dueños para interrumpir la prescripción que corre a cargo de todos los demás. Pueden todos los demás abandonar la servidumbre, pero basta con que uno solo no la abandone, para que se interrumpa la prescripción. Así lo estipula el artículo 1132: “Si el predio dominante pertenece a

varios dueños proindiviso, el uso que haga uno de ellos aprovecha a los demás para impedir la prescripción”. También, cuando uno de los dueños de los predios dominantes es incapaz y no pueda correr la prescripción, esto suspende la prescripción para todos los demás, o cualquiera otra causa que por circunstancias especiales suspenda la prescripción respecto de uno de ellos.

3.3 CHILE

En este sentido la legislación chilena establece en su artículo 849 “Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno”. Además el artículo 885 observa: “Las servidumbres se extinguen,

1º Por la resolución del derecho del que las ha constituido;

2º Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos;

3º Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

Así cuando el dueño de uno de ellos compra al otro, perece la servidumbre, y si por una nueva venta se separan, no revive, salvo el caso del arto. 881; por el contrario, si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra heredad de uno de los dos cónyuges, no habrá confusión sino cuando, disuelta la sociedad, se

adjudiquen ambas heredades a una misma persona.

4º Por la renuncia del dueño del predio dominante;

5º Por haberse dejado de gozar durante veinte años.

En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre.

Arto 886 “Si el predio dominante pertenece a muchos proindivisos, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno.

Arto. 887 “Si cesa la servidumbre pro hallare las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad con tan que esto suceda antes de haber transcurrido tres años. Arto 888 “Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer al servidumbre.

3.4 NICARAGUA

Al respecto nuestra legislación contempla en el arto 1631C. “Si el paso concedido a un predio enclavado cesa de ser necesario por la reunión del mismo a otro que esté contiguo a la vía pública, puede suprimirse en cualquier época, a petición del propietario del predio sirviente, mediante la restitución de la indemnización recibida o la cesación de la anualidad que se haya convenido. Lo mismo tiene lugar si se abriere un nuevo camino que sirva a la propiedad ya enclavada”. Observamos así la evidente semejanza de nuestra legislación con la española, mexicana y chilena.

CONCLUSIONES

En base a la exposición de la temática objeto de estudio, hemos asistido a las conclusiones siguientes:

Se concluye que esta figura, que nace del derecho romano en el proceso de romanización, se produce una mixtura con el derecho germánico y provoca una amplitud de la figura y un reconocimiento universal de dicha figura en el campo jurídico.

En cuanto a los derechos, obligaciones y acciones la legislación nacional es uniforme en dotarle igualdad de herramientas tanto para el propietario del fundo dominante como para el propietario del fundo sirviente.

En el análisis de la servidumbre, esencialmente de paso, existe una notable similitud de nuestra legislación con la española, es decir con un país extra-continental en cambio con los países latinoamericanos como México acusa algunas diferencias no muy sustantivas sin embargo de Chile adopta disposiciones semejantes.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 21º e. Tomo VII. ed Heliasta. Buenos Aires Argentina, 1989.
- Cajica, José M. Distrito Federal y Guerrero. Código Civil. ed. Cajica. Jr. S A. Puebla, PUE, México.
- Cuadra Zavala, Joaquín. Anotaciones al Código Civil de Nicaragua. Vol. I, 1º e. Managua, Nicaragua. Hispamer, 2004.
- Colin y H. Capitant. Derecho Civil. Tomo II. Vol. II
- Chile Código Civil, Libro II, Título XI, ed Bello. 1853
- Diario Oficial, La Gaceta, Boletín Judicial, 25 de Abril 1950, Pág. 15051, Nicaragua.
- Diario Oficial, La Gaceta, Boletín Judicial, 17 de Mayo 1946, Pág 13447, Nicaragua.
- Diccionario Jurídico Espasa, Fundación Tomás Moro. ed Espasa Calpe, S A. Madrid 1998.
- Folquer Pallares, Rogelio. Derecho Civil. 3º e. actualizada. ed. Miquel Rosellón, 148, Barcelona 1976.
- Fraga, Gavino. Derecho Administrativo. 30º e. México: Porrúa, 1991.
- Herrera Solís, Yamil. Las Servidumbres Públicas en la legislación Nicaragüense. León – Nicaragua, 1974.

- Hedemann, J. W. Tratado de Derecho Civil.
- Manresa y Navarro, José María. Comentarios al Código Civil Español. 6º e. Madrid. Instituto ed. Reus, 1943 – 1951.
- Martín Wolff. Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Cosas II.
- Nicaragua, Código Civil, Tomo I, e. 2000, ed Bitecsa, Managua Nicaragua.
- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción de la 12^o e. Francesa. México: ed. José M. Cajica, 1955.
- Otero, Franklin. Concordancia y Jurisprudencia del Código Civil Chileno
- Puig Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Cosas, Bosch, Casa Editorial – Urgel, 51 bis – Barcelona. 1956.
- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol. V. ed. José M Cajica. 12^o e. Francesa, 1945 – 48.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Vol. II. ed Porrúa S A. México 1977.