

feudal que deshonró la legislación francesa hasta la memorable noche del 4 de Agosto de 1789." Gillet se expresa con cólera de esa masa monstruosa del feudalismo, lanzando al mismo tiempo un grito de triunfo por su supresión. "¿Qué otra cosa, en efecto, era el régimen feudal, si no el arte de hacer de la propiedad raíz un instrumento de servilismo? Por esto es que en los antiguos jurisconsultos se leen amplias disertaciones para demostrar que los deberes feudales hacían parte de las servidumbres. El proyecto ha querido que los servicios prediales jamás pudieran ser una ocasión de que se reprodujeran esas ideas *proscriptas* (1).

El principio formulado por el art. 638 es de orden público, porque está destinado á garantir la libertad de las personas asegurando la libertad de las heredades. Sigue-se de aquí que no puede permitirse á los particulares que deroguen dicho principio. El art. 686 reproduce esta sanción de las leyes de orden público, por más que ya estuviera escrita en el art. 6 del código. Diríase que el legislador tiene empeño en repetirse en esta materia, á fin de que quede bien probado, como se expresaba la Asamblea constituyente, que el territorio de la Francia es libre así como las personas que lo habitan (2). Así, pues, toda convención que reprodujese, bajo una apariencia cualquiera, las servidumbres feudales, sería nula y de una nulidad absoluta, como violadora de la ley fundamental de las sociedades modernas, la libertad.

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 1 (Loché, t. 4º, p. 178) Albisson, "Informe rendido al Tribunalado," núm. 3 (Loché, t. 4º, página 185). Gillet, Discurso núm. 5 (Loché, t. 4º, p. 193).

2 Ley de los días 28 de Septiembre y 6 de Octubre de 1879, título 1, artículo 2.

§ II.—CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES REALES.

Núm. 1. Dos predios.

127. Conforme á la definición del art. 637, se necesitan dos heredades para que exista una servidumbre, una heredad sobre la cual se impone el gravamen, y otra heredad para cuya utilidad se establece dicho gravamen. La palabra *heredad* es una expresión tradicional que designa un inmueble adquirido por sucesión, y por consiguiente, un inmueble en general; nuestro antiguo derecho consuetudinario, así como las leyes romanas, empleaban la palabra *heredad* para designar al *propietario* (1). Pero como los inmuebles, y sobre todo, los fundos de tierra eran en otro tiempo la propiedad por excelencia, la palabra *heredad* se limitó á la propiedad inmueble. Se ha conservado en el lenguaje jurídico en materia de servidumbre.

El inmueble que debe la servidumbre se llama la "heredad sirviente," y el inmueble al cual se le debe, lleva el nombre de "heredad dominante." Estas expresiones, empleadas en la doctrina, no son legales; el código nunca se sirve de ellas, y aun el art. 638 es una especie de protesta contra la idea de una heredad *dominante*; el código dice algunas veces la heredad *sometida ó sujeta* (arts. 695 y 699). Nosotros emplearemos las expresiones tradicionales, porque no presentan ningún inconveniente, hoy día que ya no conocemos los abusos de la dominación feudal sino por la historia.

128. Nada más elemental como el principio formulado por el art. 637. Si la ley da su sanción á los actos que crean servidumbres, y si permite desmembrar, amenguar

1 La costumbre de Lille dice: "El heredero de una casa ó heredad, no construye cercado si no quiere" (Pothier, *Del contrato de sociedad*, núm. 234). Las *institutas* dicen: *Veteres haeredes pro dominis appellabant* (Duvergier sobre Toullier, t. 2º, p. 211, nota a).

una heredad, es para aumentar la utilidad de otra heredad, cuyo cultivo, ocupación y explotación se mejoran con el establecimiento de la servidumbre. Síguese de aquí que si no hay heredad que mejorar, ya no puede tratarse de servidumbre; ni cuando no se puede desprender una utilidad cualquiera de un predio para hacerlo disfrutar á otro predio. Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de casación; nosotros preferimos tomar los ejemplos de la jurisprudencia que buscarlos, como se hace habitualmente, en las leyes romanas. Dos comunas limítrofes, situadas á orillas del mar, se disputaban la posesión de dos rocas que producían grande abundancia de la yerba conocida con el nombre de *varech*; cada comuna pretendía tener un derecho exclusivo en la recolección de aquellas yerbas. Una de ellas tenía en su favor una posesión de varios años, y en ella fué mantenida. La otra tocó el recurso de casación, y sostuvo que el derecho de recoger el *varech* constituía una servidumbre discontinua, y que, por consiguiente, no podía ser materia de una prescripción, art. 691, ni de una posesión. Se falló que el derecho de recoger *varech* en la playa del mar, no constituía una servidumbre, puesto que no había predio sirviente y predio dominante, por lo que el art. 691 era inaplicable (1).

Del principio de que se necesitan dos predios para que haya servidumbre, no debe concluirse que no se puede estipular una servidumbre para una casa que se propone uno levantar, y que no se puede imponer una servidumbre para una casa que el vecino se propone construir. Hay en el caso de que se trata dos inmuebles, bien que bajo condición; la servidumbre sería condicional, y las servidum-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *prescripción*, núm. 182). Compárese, Pardessus, t. 1^o, página 32, núm. 13.

bres pueden muy bien establecerse con condición, como presto lo veremos (1).

129. Se necesitan dos inmuebles. ¿Puede gravarse todo inmueble con una servidumbre? ¿y se puede establecer una servidumbre en favor de todo inmueble? La palabra *heredad* de que se sirve la ley debe tomarse en el sentido que la ley le ha prestado; y esa expresión jamás ha designado más que los predios y los edificios; luego sólo tales inmuebles son los susceptibles de una servidumbre. Este principio está consagrado por el art. 687: "Las servidumbres se establecen ó por el uso de los edificios, ó por el de los fundos." De aquí la antigua división de las servidumbres en *urbanas* y *rústicas*. Síguese de aquí que las plantas adheridas al suelo por la naturaleza, y consideradas como inmuebles por naturaleza, no son susceptibles de servidumbre; mucho menos aun los objetos muebles inmovilizados por destino. Esto se funda también en razón. Las servidumbres, lo mismo que la propiedad, son perpetuas por la intención de los que las establecen; así es que es preciso que los inmuebles sirvientes y dominantes tengan tal permanencia, que sea posible la perpetuidad; ahora bien, las cosas muebles tales como las plantas, por más que formen cuerpo con el suelo, sólo tienen una existencia temporal, y aun están destinadas por la naturaleza misma á ser arrancadas del suelo. En cuanto á los muebles inmovilizados por destino, no pueden ser objeto de una servidumbre, porque cesan de ser inmuebles desde el momento en que se les considera como desprendidos del suelo ó siendo distintos de éste. Quedan los derechos inmobiliarios, éstos son inmuebles ficticios á los que no puede aplicarse la noción de servidumbre. De aquí el antiguo proverbio: "Servitus servitutis esse non potest" (2).

1 Durantón, t. 5^o, p. 487, núm. 466.

2 Aubry y Rau, t. 3^o, p. 69, nota 1, y las autoridades que eitan.

La corte de casación ha hecho la aplicación de estos principios en un caso singular, y la sentencia es igualmente singular. Una barrera separaba dos predios; giraba sobre un gozne enganchado á una encina que pertenecía al propietario contiguo. Este echa abajo el árbol, y el otro presenta querrela. La acción fué desechada, por motivo de que el que es propietario del árbol puede derribarlo á la hora que guste; que si un árbol pudiera ser objeto de una servidumbre, este derecho no existiría sino mientras el árbol estuviese en pié, y que el propietario no podía ser forzado á reemplazarlo, puesto que las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse. A recurso de casación, la corte resolvió "que se trataba de una servidumbre que no se reconocía que se hubiese establecido por convenio; servidumbre esencialmente perecedera con el objeto, que la mano del hombre no podría ni reparar ni perpetuar" (1). La corte admite que hay servidumbre, lo que es contrario al art. 686, el cual no reconoce más servidumbres que las concernientes á los edificios y á los fundos de tierra. Se podría objetar que, en el caso actual, la servidumbre se establecía en provecho de un fundo de tierra, y que, por lo tanto se estaba dentro de los términos de la ley. Nosotros contestamos que si activamente la palabra *heredad* significa un fundo ó un edificio, debe tener la misma significación en el sentido pasivo; se necesita una heredad sirviente como se necesita una heredad dominante, y un árbol no es una heredad.

¿Se necesita que los inmuebles estén en el comercio? A primera vista, se ve uno tentado á decir que la cuestión ni siquiera debía plantearse. Los inmuebles que están fuera del comercio no pueden venderse, art. 1598; y el esta-

1 Sentencia de denega la apelación, de 6 de Abril de 1841 (Daloz en la palabra *acción posesoria*, núm. 436).

blecimiento de una servidumbre es una enagenación parcial. Esto parece decisivo, y en teoría es incontestable. Pero la aplicación del principio suscita grandes dificultades. Existen inmuebles que, por su naturaleza, están en el comercio, y que se han puesto fuera del comercio por el destino que el Estado ó la comuna les han dado. Tales son, notablemente, los caminos, sus vías, las calles, que el art. 538 declara dependencia del dominio público, por no ser susceptibles de una propiedad privada. Lo mismo sucede con todos los inmuebles que forman parte de lo que se llama el *dominio público* del Estado ó de los municipios (1). Si estas cosas no son susceptibles de una propiedad privada, ni siquiera puede dárseles el nombre de *heredad*, puesto que esta expresión implica la idea de una propiedad adquirida por herencia; y tampoco se concibe que de estas cosas se desprendan ciertas utilidades para hacer que las disfruten otros fundos, en atención á que los bienes del dominio público están afectados por entero á un destino público (2).

¿Pero este último punto es realmente exacto? ¿Es cierto, de una manera absoluta, que las cosas colocadas fuera del comercio están afectadas al uso de todos, en el sentido de que ninguna utilidad puede retirarse de ellas en provecho de los particulares? La cuestión, en esta otra vez, parece resuelta por el texto del código. En efecto, según los términos del art. 1128, "sólo las cosas que se hallan en el comercio son susceptibles de convenio." Lo que la ley dice de los convenios, la doctrina lo dice de los legados. Luego una cosa que está fuera del comercio no pue-

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 62 y siguientes.

2 Este es el principio del derecho romano (Elvers, *Die romische Servitutenechre*, pfo. 13, p. 123). Véase en este sentido, sentencia de denegada apelación, de 13 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *prescripción*, núm. 188, 2º). Lieja, 9 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1868 2, 353). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 69 y nota 2.

de ser objeto de una servidumbre, supuesto que éstas se constituyen por contrato ó por testamento. Pero ¿el artículo 1128 es tan absoluto como parece? Cuando se pone un terreno fuera del comercio porque forma una calle, un camino, una plaza pública, es que, á causa de su nuevo destino, sirve para el uso de todos. Nace, pues, la cuestión de saber si el uso de todos es compatible con el uso que se otorgase á unos cuantos. La afirmativa es clara. En el título de las *Obligaciones*, diremos que el art. 1128 no impide que las cosas públicas formen el objeto de un arrendamiento, con tal que éste no ponga obstáculo al destino público de la cosa. ¿Por qué no ha de ser lo mismo con las servidumbres?

Existen servidumbres á las que la misma naturaleza somete á las vías públicas tanto como á las propiedades particulares. Tal es el gravamen que pesa sobre los fundos inferiores, sujetos á recibir las aguas que naturalmente bajan de los fundos superiores. Esta es una ley de la naturaleza, de la que no puede libertarse ningún fundo; ¿se han de detener las aguas ante un camino, porque una tierra ha sido convertida en camino público? En vano se dice que el destino público de los caminos impide el ejercicio de toda servidumbre. Déjase entender que la administración puede ejecutar trabajos tales como los juzgue convenientes para mantener la circulación libre en las vías de comunicación, pero no le está permitido hacer que las aguas se remonten á los fundos superiores. Luego la vía se halla gravada con la misma servidumbre que los fundos pertenecientes á los particulares (1).

Existe otra servidumbre legal que interesará á todos los ribereños. El art. 681, colocado en el capítulo de las servidumbres legales, establece que todo propietario debe

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 8, notas 2-3 y las autoridades que allí se citan.

construir los techos de modo que las aguas pluviales corran por un terreno ó por la vía pública. Así, pues, es un derecho para los propietarios hacer que las aguas pluviales se derramen en un fundo que esté fuera del comercio; luego las calles y los caminos sirven para el uso de las propiedades ribereñas. Es inútil insistir; las calles están precisamente destinadas para el uso de los ribereños; sobre ellas abren sus puertas y sus ventanas; sin las calles no se conciben casas aglomeradas. Lejos de que la apertura de ventanas y puertas esté en oposición con el uso que el público puede hacer de las calles, hay que decir que éstas tienen por destino servir á las propiedades de los ribereños.

131. ¿Quiere decir esto que todo uso que los ribereños hagan de las calles sea una servidumbre? ¿Y se les permite todo género de uso? La primera cuestión es debatida y es dudosa. Hay que suponer desde luego, que las heredas ribereñas sacan alguna utilidad de las calles, porque sin heredad no puede tratarse de servidumbre. Cuando un propietario abre ventanas que dan á la calle ¿resulta una servidumbre de luces? (1). Cuando practica una puerta que da á la vía pública, ¿adquiere una servidumbre de paso? Hay una cuestión más general que domine á ésta. ¿Los ribereños que edifican en la vía pública obran á título de derecho ó por simple tolerancia? Se pretende que no hay más que simple tolerancia, porque la comuna no tiene derecho á enagenar, aun cuando sea parcialmente, una calle en tanto que pertenezca al dominio público; y tampoco puede gravar la calle con servidumbres que le impedirán más tarde suprimirla, si quiere vender el terreno (2). Es-

1 La cuestión es la misma cuando se abre la vista hacia un río ó un canal.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 1º, núms. 303-370. Toullier, t. 3º, núms. 479-480. Favard, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, página 136.

ta argumentación no es seria. Cuando un propietario construye, usa de su derecho, y el ejercicio de éste sería imposible si no pudiera practicar ventanas y puertas en la pared que da á la vía pública. Luego tiene que admitirse que procede á título de derecho. Esto no sería óbice para que la comuna suprima la calle y venda el terreno, pero no podrá hacerlo sino indemnizando á los ribereños. Este derecho que corresponde á los ribereños no se les ha otorgado gratuitamente, porque ellos se someten al alineamiento y á todas las cargas municipales. Hay, pues, una convención tácita en virtud de la cual la comuna permite á los ribereños que edifiquen en las condiciones establecidas por los reglamentos. Esta convención da origen á una servidumbre. Esto es cierto desde el momento en que se admite, á título de derecho es como los ribereños proceden, en efecto, ellos abren calles en un terreno ajeno; he aquí, bien marcado el carácter esencial de las servidumbres: la calle, propiedad de la ciudad, sirve para la utilidad de los ribereños. Se objeta que la calle es del dominio público, más bien que del dominio de la comuna, es decir que los ribereños se sirven de ella como habitantes de la ciudad, luego se sirven de una cosa que pertenece al común de todos, lo que excluye toda idea de servidumbre (1). Nosotros contestamos que la calle tan es del dominio de la comuna, que el terreno de que se ha formado fué comprado por ésta y que podrá revenderlo si se suprime la calle. Así, pues, estamos dentro de los términos del artículo 637; un derecho de vistas ó de paso está impuesto en un fundo perteneciente á la comuna, para uso y utilidad de los propietarios ribereños (2).

1 Grenoble, 15 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, número 65).

2 Besançon, 29 de Abril de 1841 (Daloz, en la palabra *propiedad*, núm. 166, 1°). Lieja, 24 de Junio y 12 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 258 y 261). Aubry y Rau, t. 3°, p. 70, nota 5 y las autoridades que citan.

Se objeta, aún, que el uso que los ribereños hacen de la calle, en nada disminuye la utilidad de ésta, con perjuicio del propietario de la calle; que de ello no resulta, pues, un desmembramiento de propiedad, lo cual es el carácter distintivo de las servidumbres. En definitiva, se dice, ese pretendido derecho de servidumbre de los ribereños no es otra cosa que el uso de la cosa conforme á su destino (1). Hay algo de verdad en esta objeción, pero no es tan decisiva como lo aparenta. La servidumbre es un gravámen, luego, en general, disminuye el valor del predio sirviente; pero esto no es de la esencia de la servidumbre. Si yo tengo un camino de tránsito por mi fundo y si concedo á terceros el derecho de pasar por dicho camino, puede muy bien suceder que mi propiedad no sufra ninguna disminución de valor; es también la verdad que el destino de aquel camino es servir de tránsito. Esto no impide que haya servidumbre. Luego hay también servidumbre cuando una calle sirve á los ribereños, porque un fundo presta servicio á otro fundo, y éste es el carácter esencial de la servidumbre.

132. Se hace otra objeción que nos llevará á examinar la naturaleza particular de las servidumbres establecidas en un fundo del dominio público. Aun aquellos que sostienen que los derechos ejercidos por los propietarios ribereños á la vía pública son servidumbres, confiesan que ellas no tienen todos los caracteres que presentan las servidumbres en general (2). ¿Pero en dónde está la línea de demarcación? ¿y si esos derechos no reúnen todos los caracteres que distinguen á las servidumbres, ¿no debe inferirse de esto que son verdaderas servidumbres? Aquí está el nudo de la dificultad. Nada absoluto hay en materia de servidumbres. El código mismo da este nombre á gra-

1 Massé y Vergé, sobre *Zachariae*, t. 1°, p. 196 y nota 2.

2 Demolombe, t. 13, p. 203, núm. 696. Compárese, Proudhon, tomo 1°, p. 97, núm. 40; Aubry y Rau, t. 3°, p. 69 y nota 4.

vámenes y obligaciones que se derivan de la situación de los lugares, ó que son inherentes á la vecindad, por más que dichos gravámenes y obligaciones difieran por muchos conceptos de las servidumbres establecidas por obra del hombre. Tan cierto es esto que los autores niegan que sean servidumbres. Luego hay servidumbres de diversas especies. Pues bien, las que gravan los fundos del dominio público forman una especie particular, en razón de la naturaleza de la heredad sirviente. Esta heredad tiene un destino público que la pone fuera del comercio. De aquí una primera consecuencia acerca de la cual todos están de acuerdo (1). Los derechos ejercidos por los ribereños por interés de sus heredades no pueden comprometer el destino público de las calles. Hay más, la autoridad municipal ni siquiera puede otorgar semejantes servidumbres, porque no le es permitido disponer, en provecho exclusivo de unos cuantos, de una vía pública que á todos debe servir; sus concesiones, si las ha hecho, no son más que actos de pura tolerancia, que puede revocar á cualquier hora. Así es que si ha tolerado una invasión de la calle, proveniente de un balcón, puede suprimir lo que ha tolerado.

Otra consecuencia se deriva del mismo principio. Las vías públicas, aunque establecidas con un espíritu de perpetuidad, no son perpetuas; derecho y deber de la administración es alinearlas y hasta suprimirlas cuando así lo exige un interés público: tal sería un motivo de salubridad ó la ventaja del comercio y de la industria, ó aun el embellecimiento de la ciudad, porque esto es también de interés público, como lo dice el viejo Argentré (2). Déja-

1 Demolombe, t. 12, p. 198, núm. 698. Aubry y Rau, t. 3^o, p. 69, nota 4 y las autoridades que ellos citan.

2 "Quia publicorum usus non solum ex commodo sed ex ornatu etiam et facier estimantur" (D' Argentré, "sobre la costumbre de Bretaña," art. 220, cap. XXXIII, p. 1136.

se entender que la comuna jamás puede enagenar un derecho que es al mismo tiempo un deber. Luego cuando tácitamente consiente en que los ribereños abran ventanas y puertas en sus paredes del frente, ella no se obliga, como la ley lo dice de las servidumbres ordinarias "á no hacer nada que tienda á disminuir el uso de la servidumbre ó á hacerla más incómoda," art. 701. La comuna, á diferencia de los propietarios de fundos sirvientes, puede, en general, cambiar el estado de los sitios, y esto es lo que hace cuando rectifica una calle ó cuando la suprime. Ese es su derecho inalienable. Esta es ciertamente una gran diferencia entre las servidumbres que gravan la vía pública y las que gravan propiedades particulares. ¿Se inferirá de esto que no son servidumbres? La conclusión sería poco jurídica; en efecto, las convenciones de las partes interesadas pueden modificar los derechos del propietario dominante, agravar ó disminuir la carga de la heredad sometida, sin que la servidumbre deje de ser una servidumbre. Pues, bien, la modificación, que puede estipularse por convenios, resulta, en el caso que estamos estudiando, de la naturaleza del fundo sirviente.

133. ¿Qué cosa es, se dirá, un derecho que el propietario del predio sujeto puede destruir? ¿y qué cosa es un gravamen del que uno puede descargarse á voluntad? Nosotros contestamos que si la administración suprime las luces y las salidas al cambiar el estado de los lugares, estará obligada á indemnizar las propiedades ribereñas. ¡Cosa notable! Todos están de acuerdo en reconocer que los ribereños pueden reclamar una indemnización aun los que niegan que tengan aquellas una servidumbre; y la jurisprudencia también, aunque muy dividida, en el principio, se ha pronunciado en favor de los ribereños (1).

1 Esto está tan aceptado que las cortes ni siquiera dan motivos; admiten el derecho como un axioma (Sentencia de casación, de 5 de Julio de 1836, Dalloz, en la palabra "Propiedad," núm. 151).

En nuestra opinión, el derecho de los ribereños, es evidente, y se desprende lógicamente del principio que acabamos de establecer. Si los ribereños tienen una servidumbre de vista y de salida en la vía pública, la administración no puede arrebatárselos ese derecho sin indemnizarlos. Se ha sostenido lo contrario en Francia, al discutirse la ley de 24 de Mayo de 1842 sobre las porciones de caminos reales abandonados á causa del cambio de trazo ó de apertura de un nuevo camino. Si se parte del principio absoluto que pone la vía pública fuera del comercio, debe concluirse que el dominio público no puede ser desmembrado, ni, por consiguiente, gravado con una servidumbre. Pero esto es no tener para nada en cuenta el derecho de los ribereños. Como lo ha expresado muy bien el relator de la ley de 1842, M. Renouard, "la razón y la justicia jamás se avienen con estas tesis cómodas y parciales en las que triunfa la argumentación, y que, allí en donde existen dos principios, se ponen á sus anchas estableciéndose sobre uno solo y teniendo al otro como no presentado" (1). No discutimos el derecho del Estado, pero á su lado, está el derecho de los ribereños; el Estado puede suprimir las vistas y las salidas, si el interés de las comunicaciones lo exige, pero no puede hacerlo sin indemnizar á los ribereños.

La opinión contraria que no admite que los ribereños tengan un derecho de servidumbre en la vía pública y que, no obstante, les concede una indemnización, está demasiado embarazada para encontrar un fundamento para esta indemnización. Hay autores que reconocen un derecho á los ribereños, pero dicen que no es un derecho de servidumbre, que es un derecho *sui generis* (2). ¿Qué cosa es,

1 Renouard, Informe, en Dalloz, en la palabra "vía por tierra," título XLIV, p. 210

2 Féraud Giraud, "De las modificaciones en el derecho de propiedad," t. 2º, núms. 443 y 586, seguido por Dalloz, en la palabra *vía-*

pues, ese derecho? ¿y de dónde nace? Es imposible definirlo y determinar sus caracteres. En el fondo, esta opinión no difiere de la nuestra sino por los términos. Nosotros admitimos también que los derechos de vista y de salida de los ribereños son servidumbres de una naturaleza especial; pero al menos decimos cuál es la naturaleza de estas servidumbres, y por qué no tienen ellas los caracteres de los derechos que se derivan de actos del hombre. Nuestra doctrina viene á parar en el mismo resultado práctico, pero nos parece más conforme con los principios. En cuanto á los autores que, á la vez que niegan que los ribereños tengan un derecho, les conceden una indemnización, son soberanamente inconsecuentes; basta leer á Pardessus para convencerse (1). El invoca la regla de equidad que á nadie permite que cambie de resolución en perjuicio de otro. ¡Singular argumento en labios de un juriconsulto! La equidad se dirige al legislador, el intérprete no puede fundar en ella un derecho. Al que reclamara una indemnización á nombre de la equidad, la comuna ó el Estado contestaría: Yo uso de mi derecho y no lesiono ningún otro, luego á nadie hago mal. Los ribereños, agrega Pardessus, tienen en su favor á la más poderosa de las autoridades, la fe pública, porque fundados en ella es como han abierto vistas y salidas. Esto es muy vago. Si la fe pública da un derecho á los ribereños, pueden entonces reclamar una indemnización, pero en este caso se vuelve á la opinión que estamos defendiendo. Más si los ribereños no tienen derecho, en vano apelarían á la fe pública, porque en ésta no se funda ninguna acción civil.

134. Hay todavía otras dificultades en esta materia. Todos conceden una indemnización á los ribereños. ¿Quiere

por tierra, núm. 122. En este sentido, Orleans, 5 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 217).

1 Pardessus, t. 1º, ps. 99 y siguientes, núm. 41.

decir esto que éstos tienen una propiedad de que no pueden ser privados por vía de expropiación por causa de utilidad pública? De antemano hemos contestado á la cuestión. Los ribereños no tienen más que un derecho imperfecto que no pone ningún obstáculo á la libre acción de la autoridad administrativa; ésta puede cambiar el estado de los lugares como lo juzgue conveniente, sin que se vea detenida por los derechos de los ribereños. Estos no tienen más que un recurso de indemnización. Tal es la jurisprudencia de la corte de casación de Francia; ésta ha fallado en varias ocasiones que si un camino comunal se suprime regularmente, esta supresión implica la extinción de los derechos de servidumbre que los ribereños tenían en el camino, salvo que la comuna los indemnice. La indemnización puede consistir en otro paso, ó en daños y perjuicios (1). Aquí otra vez hay algo que chocará á los partidarios de los principios absolutos: preguntarán cómo pueden extinguirse los derechos de servidumbre de los ribereños por la venta de la heredad gravada de servidumbre. Y es que el predio sirviente, en el presente caso, depende del dominio público; y los ribereños no tenían derecho en él sino porque este dominio estaba destinado al uso de las propiedades ribereñas; luego desde el momento en que el predio sirviente cesa de pertenecer al dominio público, cesa de servir; es decir, en otros términos, que las servidumbres se extinguen. Si á pesar de esto los ribereños tienen derecho á una indemnización, es porque tenían un derecho de servidumbre fundado en una convención tácita, convención que implica que la administración, á la vez que conserva el derecho de cambiar el estado de los lugares, no puede hacerlo sino indemnizando á los ribereños.

1 Sentencias de 15 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, I, 334). y de 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, I, 276).

135. La indemnización supone un derecho lesionado. Luego cuando los ribereños han llevado á cabo una empresa en la vía pública sin derecho alguno, por tolerancia, aun cuando fuese por medio de una concesión, no tienen derecho á ninguna indemnización (1). Aquí vuelve á presentarse en toda su fuerza el principio de que las vías públicas están fuera del comercio, la administración puede tolerar lo que le parezca compatible con las necesidades de la comunicación; pero desde el momento en que se producen algunos inconvenientes, ella tiene el derecho y el deber de suprimir las invasiones; ella usa de su derecho sin lastimar un derecho, luego no debe ninguna indemnización; aun cuando hubiese concedido una autorización formal, ella puede siempre revocarla, sin estar obligada á indemnizar al concesionario, porque tales concesiones no dan ningún derecho.

El recurso de indemnización es una acción de daños y perjuicios; y para que haya lugar á éstos, no basta que se haya violado un derecho, se necesita también que se cause algún perjuicio: ¿cómo pedir la reparación de un daño cuando ninguno se ha experimentado? La comuna construye un edificio en una plaza pública, con lo que amengua la perspectiva de los ribereños; ¿quiere decir esto que deba indemnizarlos? Esta es una cuestión de perjuicio, es decir de hecho. Si la plaza pública, aunque restringida, queda bastante grande para que los ribereños ejerzan en ella sus derechos de vista, no pueden quejarse; es el único derecho que les da la convención tácita en la que se basan las servidumbres que les pertenecen; pero esta misma convención reserva todos los derechos de la comuna; ésta no se ha obligado á mantener en la plaza pública la extensión que ella tenía al hacerse las construcciones; ella

1 Duranton, t. 1º, ps. 102 y siguientes, núm. 41.

no puede ser obligada á dar indemnización, cuando simplemente disminuye las ventajas de que disfrutaban los ribereños. Acerca de este punto estamos de acuerdo con Pardessus (1).

Siendo la indemnización una cuestión de daños y perjuicios, el tribunal podrá tomar en consideración la ventaja que resultará á los ribereños de los cambios de que se quejan. Esto sucederá muy á menudo en caso de alineamiento. Un ribereño construye ó reconstruye en virtud de un nuevo alineamiento que hace avanzar en la vía á todas las construcciones ribereñas. Provisionalmente los que no están todavía en el caso de reconstruir, sufrirán algún perjuicio de las construcciones por las cuales sus vistas serán más ó menos obscurecidas y sus salidas estorbadas. Pero esta desventaja estará compensada por una ventaja mayor que sacarán más tarde del alineamiento. En este caso, se ha fallado que los ribereños no tenían derecho á ninguna indemnización (2).

136. Queda por saber quién debe pagar esa indemnización. En principio, la comuna, por cuyos actos se suprimió la servidumbre. Ordinariamente la comuna, cuando rectifica ó suprime una calle, vende el terreno que cesa de servir para la circulación pública. Si el contrato de venta nada dice de las servidumbres de vista y de salida, se extinguirán como acabamos de decirlo; salvo el recurso de indemnización contra la comuna. El comprador no estará obligado, porque no puede estarlo sino en virtud de su contrato, y nosotros estamos suponiendo que el contrato guarda silencio (3). Si la comuna quiere ponerse al abri-

1 Pardessus, t. 1º, p. 102, núm. 41. Proudhon, *Del dominio público*, t. 1º, núms. 365 y 366.

2 Fallo del tribunal de Huy, de 20 de Febrero de 1862 ("Información de las tribunales de 1ª instancia," por Cloes y Bonjean, t. 11, p. 210), con las observaciones de Cloes.

3 Lieja, 9 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 352).

go de este recurso, debe estipular en la escritura de venta ó que el comprador estará obligado á sufrir el ejercicio de los derechos de vista y de salida (1), ó que estará obligado á pagar una indemnización. Esta última cláusula es la más jurídica, porque las servidumbres se extinguen de pleno derecho desde el instante en que la calle cesa de formar parte del dominio público.

137. La aplicación de los principios que acabamos de establecer presenta nuevas dificultades, y la jurisprudencia manifiesta cuanta incertidumbre queda aún en los principios mismos. Se construye un canal; la nueva vía navegable debe atravesar un dominio; el Estado compra los terrenos de grado en grado, y en la escritura de venta se estipula que el Estado ejecutará cuatro puentes en el canal, que el servicio de la propiedad tendrá lugar por las calzadas del canal y que se harán los barandales necesarios para hacer fácil la aproximación. Surgieron algunas disputas entre los propietarios del dominio y la administración sobre la extensión y el alcance de estas cláusulas. Ante la corte de casación, el prefecto actor sostuvo á nombre del Estado, que la convención y la sentencia de la corte que la extendía á toda la propiedad establecían servidumbres sobre algunas dependencias del dominio público. Era incontestable que había servidumbre, é igualmente era incontestable que el canal formaba parte del dominio público del Estado. ¿Qué resolvió la corte? Que no se trataba del dominio público antiguo y reconocido, cuyo carácter fuese incontestable; que el canal de Nivernais formaba una parte nueva y recientemente constituida del dominio público; que el dominio, objeto del litigio, había sido adquirido con condiciones impuestas y aceptadas por convenciones voluntarias y recíprocamente obligatorias. La corte concluyó que no había en el caso

1 Lieja, 12 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 358).

al debate, servidumbres constituidas sobre el dominio público, sino servidumbres convencionales (1). Sin duda que la servidumbre era convencional, pero ¿qué importa? ¿Por esto es menos cierto que gravaba el canal de Nivernais, y éste acaso no era una dependencia del dominio público? El canal estaba nuevamente construido; ¿y esto también, qué importa? ¿Se necesita que sea antigua una vía navegable para que pertenezca al dominio público? Estos motivos no se discuten; esta es una de esas decisiones que eluden las verdaderas dificultades, en lugar de abordarlas con franqueza. Había que decir: sí, esta es una servidumbre que una convención ha establecido en el dominio público. Cier to es que el canal no está en el comercio, pero el destino público del canal no impide que sea objeto de convenciones y de derechos que no pongan obstáculos á dicho destino; luego la servidumbre está legalmente constituida.

138. ¿Se puede tener una servidumbre en un paseo público? La cuestión ha sido negativamente resuelta por la corte de Poitiers, y Demolombe aprueba esa decisión. En la sentencia se dice que el paseo hacia el cual los ribereños habían abierto vistas estaba fuera del comercio, que el parque se destinaba al paseo y á fiestas públicas, que los ribereños no podían adquirir servidumbre en un terreno que estaba fuera del comercio, y el cual no tiene por destino procurar á los vecinos vistas y salidas (2). Creemos que la cuestión se ha planteado mal. Se trata de saber si un paseo ú otra dependencia cualquiera del dominio público puede gravarse con una servidumbre, cuando ésta no perjudica al destino de la cosa. Si se decide la cuestión afirmativamente, como lo hemos hecho, hay que examinar si de hecho las vistas de los vecinos impiden á

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 515).

2 Poitiers, 31 de Enero de 1837 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 67). Demolombe, t. 12, p. 199, núm. 698.

los habitantes pasearse por el parque. Esto no es discutible. ¿Acaso los transeúntes que vagan por las calles y plazas no son vistos por los ribereños? ¿y esto les impide pasar y vagar? ¿Los que se pasean en un parque están impedidos de hacerlo porque los ven desde las casas contiguas? ¿No es para ser vistos por lo que un buen número de individuos se pasean en un parque? No insistimos; todos los que alguna vez hayan frecuentado un parque cualquiera serán de nuestro parecer.

139. Nuestra opinión ha sido consagrada por la corte de Nancy en un caso más serio. Los muros de las plazas de guerra forman parte del dominio público, luego están fuera del comercio. Ahora bien, el muro, objeto del litigio, se construyó en 1701, en virtud del tratado de Ríswick, para completar el recinto de la ciudad de Nancy; luego, por este título, estaba fuera del comercio; además, servía para asegurar la percepción de los derechos aduanales y la ejecución de las medidas de policía que la seguridad pública puede exigir. Sin embargo, un propietario practicó aberturas en el muro de la ciudad, y abrió luces en el muro de su casa, construido encima del de la ciudad; doble servidumbre, dice el tribunal de Nancy, contra la cual estaba reclamando el destino del muro. La corte de apelación resolvió que á la verdad el muro de la ciudad estaba fuera del comercio, pero que todo lo que de ello resultaba, era que el propietario de la casa contigua no podía llevar á cabo en él ninguna empresa contraria al destino de la cosa: tales eran evidentemente las aberturas que él había practicado en el muro de la ciudad. ¿Pero en qué estorbaban á los empleados de la aduana los muros abiertos en el propio muro del propietario? La defensa de la ciudad no entraba en consideración. Estas vistas, dice muy bien la corte, lejos de embarazar las medidas de policía y de vigilancia que el muro está destinado á