

aguas termales, á fin de impedir que el curso del agua se debilite ó se desvíe. Como estas aguas interesan ó la salud pública, por eso mismo se consideran como de utilidad pública. Hay otra servidumbre de utilidad pública concerniente á las aguas: el art. 643 del código civil prohíbe al propietario de un manantial que cambie su curso, cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que necesitan. Nosotros hemos expuesto en el núm. 217 los principios que rigen esta servidumbre.

472. También el interés de la salubridad pública ha hecho que se establezcan las servidumbres referentes á los cementerios. Un reglamento de 23 praderial, año XII, artículo 2, quiere que los terrenos que se destinan á las inhumaciones estén á la distancia de 35 á 40 metros del recinto de las ciudades y aldeas. Cuando los cementerios se han trasladado fuera de las comunas, nadie puede, sin la autorización de la administración, levantar ninguna habitación, ni abrir un pozo, á menos de 100 metros de distancia (Decreto de 7 de Marzo de 1807).

§ II.—PRINCIPIOS GENERALES CONCERNIENTES A LAS
SERVIDUMBRES LEGALES DE UTILIDAD PUBLICA.

473. Las servidumbres legales de utilidad pública no presentan todos los caracteres que distinguen á las verdaderas servidumbres. No existe servidumbre sino cuando el gravamen se establece en un predio y á favor de otro predio. Luego cuando las leyes imponen á los ribereños la obligación de plantar árboles en los caminos, no puede decirse que creen una servidumbre el gravamen es más bien una obligación, supuesto que consiste en hacer. Tampoco puede decirse que este gravamen, y todos los que se llaman servidumbres de utilidad pública, tengan por objeto la utilidad de otra heredad, puesto que su objeto es proveer á un interés público. Sin embargo, tienen un ca-

rácter de realidad que las distingue de las obligaciones propiamente dichas: todo propietario del fundo sometido á la restricción que la ley impone á la heredad que él posee, y el gravamen pasa á todos los detentores del fundo. Las cargas que gravan una heredad, disminuyen su valor. De aquí la cuestión de saber si las servidumbres de utilidad pública dan derecho á una indemnización.

474. La cuestión está zanjada por nuestra legislación á favor del Estado. A menudo se ha invocado contra el Estado la disposición de la constitución por cuyos términos nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización. Si nos atuviésemos á la noción jurídica de la servidumbre, habría que decir que siendo toda servidumbre un desmembramiento de la propiedad, implica, por esto mismo, una expropiación parcial; ahora bien, que haya expropiación parcial ó total, el derecho de propiedad es igualmente sagrado en sus diversos atributos como en el conjunto de las facultades que la constituyen. Luego, diríase, el propietario debe ser indemnizado, así cuando se le priva de una parte de su derecho como cuando se le despoja de todo él. Nuestras leyes no admiten esta teoría. El art. 11 de la constitución no hace más que reproducir el art. 545 del código civil; esta última disposición sigue inmediatamente después de la definición que el legislador da de la propiedad; ¿y qué es lo que dice el artículo 544? Comienza por declarar que la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta; pero agrega inmediatamente: "con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes ó por los reglamentos." Luego hay restricciones á la propiedad establecida por las leyes y los reglamentos. Por lo tanto, la propiedad no es un derecho absoluto, sino un derecho modificado por el interés de la sociedad, porque las res-

tricciones de que habla el art. 544 se han impuesto á la propiedad por un interés general; éstas son precisamente las que el código llama servidumbres legales de utilidad pública. Luego, ¿de qué se quejaría el propietario cuando se impone á su heredad uno de estos gravámenes que se llaman servidumbres? ¿Dirá, acaso, que se le priva de una parte de su derecho? No se le puede privar de lo que no tiene; y él no tiene el derecho absoluto que pretende tener, sino un derecho susceptible de ser modificado por interés general. En definitiva, estas modificaciones y restricciones son el estado natural de la propiedad. Y se comprende esto. La vida social sería imposible si la propiedad fuese absoluta; ésta debe hacer sacrificios, ora al derecho igual de los demás propietarios, ora al derecho de la sociedad. Hé aquí por qué el art. 544 al definir la propiedad como un derecho restringido por las leyes y reglamentos, no agrega que el propietario tiene derecho á una indemnización en razón de estas restricciones. El artículo siguiente no concede indemnización sino cuando el propietario es privado de su cosa, y aquél cuya heredad está gravada con una servidumbre no puede decir que esté privado de su heredad, supuesto que la conserva, y la conserva tal como existe en el estado de sociedad.

475. Esta doctrina fué reconocida al discutirse la ley de 15 de Abril de 1843, relativa á la policía de los caminos de fierro. Esta no concede indemnización por las servidumbres que crea á cargo de los predios ribereños. En el Senado se atacó este sistema como inconstitucional, se propuso una enmienda para dar una indemnización á los propietarios cuyo derecho se restringía en virtud de la nueva ley; pero la proposición no tuvo eco, los ministros la combatieron porque trastornaba la noción de propiedad, tal como la define el código civil (1). La cuestión se

1 *Monitor belga* de 11-12 de Abril de 1843.

ha llevado ante los tribunales con motivo de las servidumbres militares, y ha recibido la misma solución. Estas servidumbres son onerosas, y sin compensación para el que las soporta; pero son un gravamen que reclama el más poderoso de todos los derechos, el derecho de conservación. Ciertamente es que esta carga pesa exclusivamente sobre algunas ciudades que están consagradas á la defensa nacional; lo que no impide que por su naturaleza la carga sea general, en el sentido de que toda ciudad puede llegar á ser una plaza de guerra. Por esto es que las leyes no han concedido indemnización á los propietarios, y los tribunales han debido rehusarla á las partes lesionadas.

476. Hay, no obstante, algunos casos en que las servidumbres de utilidad pública dan derecho á una indemnización. Estos casos los hemos mencionado al enumerar las servidumbres que la ley establece por interés público. Cuando la ley misma lo dice, no hay duda alguna. Sólo que podría preguntarse por qué el legislador concede una indemnización para tales servidumbres, mientras que por regla general no la concede. Razón jurídica no la hay; bajo el punto de vista del derecho, ninguna diferencia existe entre las diversas servidumbres; porque todas tienen por principios la utilidad pública. Esto sólo puede ser por motivos de equidad; pero el legislador es el único juez de la equidad. Esto equivale á decir que se necesita una disposición expresa para que los propietarios puedan reclamar una indemnización. La corte de Bruselas va más lejos; admite que hay también lugar á indemnización "cuando la servidumbre implica una empresa sobre la propiedad, un ataque á los derechos que ejerce el propietario" (1). Esto nos parece muy vago, y por lo mismo, muy arbitrario. ¿Cuándo puede decirse que la servidum-

1 Bruselas, 6 de Agosto de 1862 ("Pasierisia," 1864, 2, 153).

bre emprende sobre la propiedad? En teoría, toda servidumbre restringe la propiedad sometida; luego toda servidumbre daría derecho á una indemnización. ¿Será preciso "que ella ataque los derechos que ejerce el propietario?" Por segunda vez decimos que, toda servidumbre disminuye los derechos del propietario; en este sentido, toda servidumbre es un ataque á los derechos de éste. Se abre una minera en un terreno libre de toda servidumbre. El estado construye una vía ferrea; por causa de esto la explotación de la minera tiene que suspenderse, puesto que el propietario no puede extender su explotación dentro del radio gravado de servidumbre. Evidentemente que ésta es una empresa sobre la propiedad, un ataque á un derecho ejercido por el propietario; sin embargo, la corte de Lieja falló muy bien que no había lugar á indemnización (1). Así, pues, nosotros preferimos atenernos al principio riguroso, tal como está formulado en una requisitoria del promotor fiscal de la corte de casación, la cual hemos tenido ocasión de citar: "La indemnización no es una obligación por una parte, ni un derecho por la otra, no es más que la expresión de esa indicación con la que un gobierno humano debe ejercer siempre sus poderes; así, pues, no es debido sino en virtud de una disposición expresa (2).

477. Siguese de aquí que si la servidumbre legal resulta de trabajos de utilidad pública, para nada se la tiene en cuenta en valuación de la indemnización que se paga á los propietarios expropiados, cuyas heredades están gravadas con la servidumbre. Así es, notablemente, cuando algunos terrenos se expropian parcialmente para el establecimiento de un camino de fierro ó para la construcción de

1 Lieja, 30 de Abril de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 297). Compárese, Bruselas, 6 de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 393).

2 Leclercq, Requisitoria ("Pasicrisia," 1845, 1, 405).

fortificaciones. Los propietarios que se ven expropiados á la vez que gravados con servidumbre han hecho repetidos esfuerzos para obtener una indemnización por el capítulo de las servidumbres que la expropiación parecía imponerles, pero casi siempre han fracasado. En efecto, no es la expropiación el principio de la depreciación que sufren sus terrenos, sino que el interés es el que les impone el gravamen; sus vecinos no expropiados lo sufren tanto como ellos, y ¿si estos no pueden reclamar una indemnización, con qué derecho los propietarios expropiados la reclamarían? (1). Parece que algunas veces la equidad defiende la causa de éstos. Convertidos en ribereños de un camino de fierro, les está prohibido explotar las minas y canteras en una zona determinada, y el perjuicio que por esto padecen es considerable. Y ¿quién les causa ese daño? ¿no es el Estado el que los expropia? Se responde, como acabamos de hacerlo, que el legislador es el único que puede derogar el derecho estricto por consideraciones de equidad; como la ley no ha otorgado indemnización, el juez debe decidir conforme al rigor de los principios. Ahora bien, para que haya lugar á indemnización en caso de trabajos públicos, se necesita un hecho real de expropiación; aquél á quien se prohíbe que explote las minas y canteras en una cierta zona atravesada por una vía férrea no está privado de su propiedad, sino que se restringe su derecho de gozar; esta restricción no es la consecuencia directa de la expropiación, porque no es por interés de la expropiación por lo que se ha establecido, supuesto que el que expropia no saca ninguna ventaja; si el propietario ya no puede gozar libremente, es porque á ello se oponen ciertos motivos de interés general, y el derecho del individuo tiene que cejar ante el derecho de la socie-

1 Gante, 30 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 76).

dad, ó por mejor decir, ni siquiera tiene un derecho que oponer á la sociedad, supuesto que la condición natural de la propiedad es la de estar subordinada á la utilidad pública en cuyo nombre la ley puede siempre imponerle restricciones.

478. La utilidad pública, que es el principio dominante de las servidumbres que el interés general impone á los propietarios, tiene otra consecuencia, y es que estos gravámenes pesan hasta sobre los bienes pertenecientes al Estado, á las provincias y á las comunas. Ninguna duda hay cuando se trata del dominio privado del Estado, porque estos bienes están sometidos á las reglas generales de la propiedad. Es verdad que no pueden enagenarse sino su virtud de una ley, y el establecimiento de una servidumbre es una enagenación parcial. La respuesta á la objeción es fácil y perentoria: las servidumbres legales tienen su causa en una ley, por lo que á nombre de la ley es como los bienes del Estado se gravan con servidumbres. Se ha fallado por aplicación de estos principios, que los bosques comunales están sujetos á la servidumbre de paso que la ley de 1791 establece sobre los fundos ribereños de un camino público, en el caso en que el camino es impracticable (1). El prefecto de un departamento había mandado reparar una pared construida en el espacio reservado por la ordenanza de 1669 para la calzada; él había debido pedir el consentimiento de la compañía concesionaria del canal sobre cuyas orillas se hallaba la propiedad departamental; no habiéndolo hecho, estaba en contravención, el departamento fué sentenciado, en su persona, á multa (2). Existen ordenanzas del consejo de Estado en al mismo sen-

1. Sentencia de denegada apelación, pronunciada por las salas reunidas, de 21 de Diciembre de 1835 (Dalloz, *Selvas*, núm. 704).

2. Ordenanza del consejo de Estado, de 23 de Julio de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 401).

tido en lo que concierne á los bienes comunales. Cuando se trata de un bien del Estado perteneciente al dominio público, la cuestión se vuelve dudosa. Nosotros la hemos examinado en el núm. 130. Se ha fallado conforme á la opinión que estamos enseñando, que los bienes pertenecientes al dominio de la comuna, aunque declarados imprescriptibles, están sujetos al paso en caso de enclave, y esta servidumbre es una verdadera servidumbre de utilidad pública, puesto que se establece por interés de la agricultura (1).

479. ¿Se puede, por medio de convenios particulares, derogar las leyes que establecen servidumbres de utilidad pública? El art. 6 del código civil contesta á la pregunta: por lo mismo que estas servidumbres son de interés general, las leyes que las crían son concernientes al orden público, tomando esta expresión en su más amplia acepción: por lo mismo es aplicable el art. 6. Tales son las servidumbres establecidas por la ordenanza de 1669 para la conservación de las selvas. Podría creerse que estas servidumbres, en tanto que se aplican á bosques pertenecientes á particulares, son de interés privado, y que en consecuencia, los propietarios, que son los únicos interesados, pueden renunciar á garantías que sólo por favorecerlos se han introducido. Pero la corte de casación ha fallado muy bien que la ordenanza, por la naturaleza y el objeto de sus disposiciones, es una ley de policía general y de orden público (2). Esto decide la cuestión. Ella ha sido objeto de un solemne debate ante las salas reunidas de la corte de casación de Francia. El caso no podía ser más favorable á los usuarios. Un tratado celebrado entre el duque de

1. Sentencias de denegada apelación, de 7 de Mayo de 1829 (Dalloz, "Acción posesoria," núm. 454).

2. Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, de 22 de Junio de 1826 (Dalloz, *Selvas*, núm. 1539, 4°).

Mazarino y los usuarios de Mayena permitía á éstos mandar pasar á sus ganados en toda la extensión de la selva, á reserva de los sitios en donde estuviesen los cortes de siete años para abajo. Este tratado, obra de Colvert, derogaba la ordenanza. La corte de casación declaró nulo el tratado como contrario á una ley de orden público (1). En otro litigio los usuarios invocaban una transacción por la cual el señor había renunciado á todo procedimiento judicial en razón de los delitos que podrían cometerse en sus bosques. Mientras más favorable á los usuarios era la transacción, más estaba en oposición con un principio fundamental de derecho; no se puede, ni aun por un motivo de humanidad, derogar una ley de orden público. La corte de Bourges había creído que se debía ejecutar el convenio, y su sentencia fué casada (2). Déjase entender que el mismo principio sería aplicable á los convenios que se emancipasen á los predios ribereños de las servidumbres que los gravan en provecho de los bosques del Estado y de las comunas en virtud del código de selvas.

SECCION III.—De las servidumbres legales establecidas para utilidad de los particulares.

§ I.—DE LA CO-PROPIEDAD CON INDIVISION FORZOSA.

Núm. 1. Principios generales.

480. Sucede á veces que una cosa está afecta al uso común de dos ó varias heredades pertenecientes á propietarios diferentes, y que esta cosa forma un accesorio indispensable de esas heredades, de suerte que su explotación se volvería imposible, ó por lo menos se embarazaría si

1 Sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1836 (Daloz, *Selvas*, núm. 1463).

2 Sentencia de casación, de 26 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 1, 350).

los propietarios interesados no pudieran servirse de la cosa cuyo uso es común. Vamos á dar algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia.

En la antigua provincia de Béarn, es de uso casi general que las casas no estén separadas por pared medianera sino que se hallan en un estado completo de aislamiento y forman lo que los romanos llamaban islas.

Se da el nombre de *callejuela* al estrecho espacio de tierra que existe entre las casas. Estas *callejuelas* se destinan á recibir las aguas pluviales que bajan de los techos, sirven para los derrames de las casas y para el establecimiento de inodores. Todo hace presumir, dice la corte de Pau, que las *callejuelas* se han establecido por interés común de los propietarios contiguos, y que les pertenecen en común, lo mismo que en otras partes las paredes que separan dos edificios son medianeras (1).

En la antigua Provenza, se llaman *camino vecinales* ó de *carriada* los caminos de servicio que, atravesando varias propiedades sirven para la explotación de todas las heredades ribereñas, á los que comunican con las vías públicas que se hallan al principio ó al fin de dichos caminos. Se presume, dice la corte de casación, que en su origen, fueron establecidos por todos los vecinos interesados en su creación, y constituyen, por consiguiente, entre ellos una propiedad común (2).

481. Una primera dificultad se presenta en esta materia, y es grande. ¿Cómo se probará que las cosas necesarias á varios propietarios contiguos les son comunes? ¿Acaso no pueden ser la propiedad exclusiva de uno de los vecinos, y estar gravadas con una servidumbre en provecho de los demás? ¿Cómo se distinguirá la co-propie-

1 Pau, 29 de Marzo de 1867 (Daloz, 1869, 2, 144).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 383).