

dumbre hace presumir que se ha celebrado un convenio sobre el paso y que se ha pagado la indemnización. En virtud de este dictamen, la corte de casación resolvió que el ejercicio del paso necesario por causa de enclave, cuando se ha prolongado por más de treinta años, hace adquirir al propietario de la heredad enclavada la servidumbre misma del paso, según el asiento que le ha sido dado por esa prolongada posesión; que adquirido de esta suerte el derecho *absoluto* de servidumbre, no puede recibir ningún ataque á causa del suceso ulterior que viene á hacer cesar el estado primitivo de enclave (1).

A nosotros nos parece que esta argumentación descansa en una confusión de ideas. Ella supone que el convenio, ó la prescripción que hace sus veces, crea un *derecho absoluto* de paso. ¿Cómo había de crear el convenio lo que ya existe? La servidumbre de paso necesario, nunca se crea por el convenio ni por la prescripción, sino que existe en virtud de la ley. ¿Se quiere una prueba palpable? Yo estoy enclavado, y no hay más que un solo predio y un solo lugar de éste por el cual pueda yo pasar, y paso inmediatamente, sin que haya convenio ni prescripción. ¿Acaso ejerzo un derecho? Si la servidumbre nace del convenio ó de la prescripción, debe decirse: Nó, hay aquí vía de hecho, invasión de la propiedad del vecino, contravención á la ley penal. Pues bien, la corte de casación resolvió que no había contravención, luego hay derecho, y por lo tanto, la servidumbre existe. Luego ella es preexistente á la convención y á la prescripción; éstas no crían la servidumbre, sino que únicamente determinan su asiento. Este mismo asiento no es irrevocable; hay controversia acerca de la extensión de las variaciones que pueden experimentar, pero todos convienen en que es variable. En lo que con-

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 6).

cierno á la servidumbre misma, no puede invocarse ni el convenio ni la prescripción, porque no tiene otra causa, otra razón de ser que la necesidad, la falta de salida; luego cuando esta causa única desaparece, el efecto debe desaparecer. En cuanto á los proverbios que se citan, suponen que se ha constituido definitivamente un derecho por el concurso de voluntades de las partes interesadas, y en el caso en cuestión, no hay ningún concurso de voluntades, todo depende de la ley, y ésta hace de la necesidad una condición de existencia de la servidumbre (1).

113 Aceptando que la servidumbre cesa, se presentan nuevas dificultades. ¿El propietario enclavado puede pedir la restitución de la indemnización que él ha pagado? Se admite que él tiene derecho á una restitución sea cual fuere, pero no hay acuerdo sobre la extinción de ese derecho. ¿Es toda la indemnización? ¿es una parte de ella? (2). Si son verdaderos los principios que hemos establecido, la solución es muy sencilla. La indemnización fué pagada por una causa que cesa de existir; desde el instante en que cesa el enclave, el que ha recibido la indemnización deja de tener motivo jurídico para conservarla, porque la retendría sin causa; luego el propietario que la ha pagado puede reclamarla (3). Esta es una consecuencia de los principios generales que rigen el pago de lo indebido. Esto es inadmisibile. ¿Puede haber daños y perjuicios sin una culpa, sin un hecho imputable al propietario de la heredad sirviente? ¿El no ha hecho más que

1 Esto está muy bien establecido en una sentencia de Rouen de 13 de Diciembre de 1862, Daloz, 1864, 2, 33). Compárese Aubry y Rau, t. 3º, p. 27 y las notas.

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 12, p. 128, número 643.

3 Lyon, 24 de Diciembre de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 880, 2º). Limoges, 20 de Noviembre de 1843 (Daloz, *ibid*, núm. 878. Aubry y Rau, t. 3º, p. 32 y nota 35.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
CAPILLA ALFONSO X
U. N. A. L.

sufrir el paso, muy á su pesar y se le había de condenar á daños y perjuicios!

Al decir que la indemnización debe restituirse, no pretendemos privar de toda compensación al propietario por cuyo predio se ha ejercido el paso. Como el paso le ha causado un daño, tiene derecho á una indemnización por tal capítulo. ¿Cómo se calculará ésta? El medio más sencillo será valuar la indemnización por anualidades, y adjudicarlas tantas de ellas como años han transcurrido desde que se practicó el paso. El no restituirá la indemnización sino haciendo deducción de esa suma.

114. ¿El que reclama la restitución de la indemnización debe probar que la ha pagado? La afirmativa no es dudosa en principio, puesto que él es actor y el pago es el fundamento de su demanda de restitución. ¿Qué debe decirse si él ha ejercido la servidumbre durante treinta años? Hay sentencias que deciden que en este caso hay prescripción de pago, lo que dispensaría al actor de probarlo. Hay que rechazar esta pretendida presunción como todas las que se imaginan sin que haya un texto de ley que las consagre. La corte de Agen dice que la prescripción de la acción de indemnización supone necesariamente que se ha pagado la indemnización (1). Nó, no hay más que una simple probabilidad, porque la prescripción extintiva de treinta años no se funda en una presunción de pago, y una probabilidad no se convierte en una presunción sino cuando el legislador la ha sancionado. La corte de Limoges alega las más singulares razones para inferir una presunción legal sin ley (2). Se trata de una especie de expropiación, lo que implica que la servidumbre no se debe sino después del pago de la indemnización. ¿Qué quiere

1 Agen, 14 de Agosto de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 878).

2 Limoges, 20 de Noviembre de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, número 878). En el mismo sentido, Lyon 24 de Diciembre del 841 (Daloz, *ibid.* núm. 880 2º), y Demolombe, t. 12, p. 129, núm. 643.

decir eso de una especie de expropiación? ó hay expropiación verdadera ó no la hay en lo absoluto. Ahora bien, la expropiación verdadera no existe sino cuando un propietario es privado de su cosa (art. 545). Desterremos las expresiones *especies* de una ciencia que exige la precisión más rigurosa. La corte de Limoges agrega que se presume que la servidumbre no se ha ejercido sino por medio de una compensación, porque se subentiende que cada uno vigila sus intereses y no abandona sus derechos sino después de que se le ha desinteresado. Una nueva probabilidad. Que el legislador la tenga en cuenta, sea; pero con qué derecho el intérprete exige una probabilidad en presunción? Por último, la corte dice que la antigüedad del pago dispensa de aducir su prueba. Por de pronto, la corte hace la ley, y la hace muy mal. Esto en ninguna parte se ha dicho, y el legislador se ha cuidado bien de asentar un principio tan peligroso. La corte de Angers reduce á la nada todas estas razones malas, por la sencilla razón de que si el que reclama un paso por el predio ageno está obligado á indemnizar al propietario, de esto no resulta la presunción legal de que se haya pagado la indemnización; que aun el art. 685 supone que el paso se ha ejercido sin pago, lo que, en la práctica, sucede con mucha frecuencia (1).

115. Cuando el enclave resulta de una partición ó de una venta, los principios que acabamos de establecer dejan de tener aplicación. El paso que entonces debe concederse no es el resultado de la necesidad; por lo mismo ya no puede decirse, cesando la necesidad, cesa la servidumbre. La servidumbre es convencional, sea tácita ó expresa la convención. Al establecerse conforme al derecho común, debe también extinguirse conforme al

1 Angers, 20 de Mayo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 858). Aubry y Rau, t. 3º, p. 32, nota 35.

mismo derecho. El propietario que cesa de estar enclavado conserva, pues, el paso á que tiene derecho, y si hubiese pagado un precio, no podría redemandarlo, aun cuando renunciase al paso que ya no necesita. Aquí todo es definitivo é irrevocable. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo (1).

§ VIII.—DEL TURNO DE LA ESCALA.

116. Entiéndese *por turno de la escala* una servidumbre en cuya virtud el propietario del predio dominante puede colocar en la heredad de su vecino, y ocupar el espacio de terreno que sea necesario para hacer reparaciones y construcciones en la parte de su casa que cae hacia el lado de esa heredad. A veces se da el nombre de *turno de la escala* al espacio que se ha dejado para aquel uso por el propietario que construye una casa. Los dos casos son esencialmente diferentes, puesto que por una parte hay servidumbre y por la otra ejercicio de la propiedad (2).

En el antiguo derecho, había una servidumbre legal de *escala*. Citamos el art. 204 de la costumbre de Melun que dice: "Cuando alguno edifica ó repara su heredad, su vecino está obligado á darle *paciencia* y *paso* para reconstruir, reparando lo que se haya roto, demolido ó echado á perder." Los autores fundaban esta costumbre en la humanidad, caridad y equidad naturales, estando cada uno á servir á su vecino. Sin embargo, había algunas costumbres que mantenían respecto de la *escala* el principio de que no hay servidumbre sin título.

No hay que confundir la *escala* con el *cerramiento* (*investison*).

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 33 y nota 36. Sentencias de denegada apelación, de 1º de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 1, 161), y de 14 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 176).

2 Merlin, "Repertorio," en la expresión "Turno de la escala," párrafo 1º, (t. 34, ps. 338 y siguientes).

tison). Los romanos dejaban un espacio entre sus edificios y los de sus vecinos: de aquí el nombre de *isla* para designar lo que nosotros llamamos *heredad*. Este uso pasó á las Galias, se mantuvo en las naciones de derecho escrito con el nombre de *investison*, sin duda porque dicho espacio rodea las propiedades de cada uno, y las *cerca*, por decirlo así.

117. El código no habla ni de *escala* ni de *cerramiento*. Esto decide la cuestión de saber si, como lo prescribían las leyes romanas, el propietario debe dejar un espacio de terreno entre su edificio y el de su vecino. La negativa es cierta, supuesto que el código ya no impone esta obligación. El orador del Tribunado dice que la intención de legislador ha sido la de emancipar á los propietarios del esa restricción al derecho que tienen para edificar en su suelo como mejor se les ocurra (1). Sucede lo mismo con la servidumbre de *escala*; no puede tratarse de una servidumbre legal de *turno de escala*, cuando la ley no la establece y ni siquiera pronuncia el nombre.

118. Pero si la *escala* y el *cercó* (*investison*) ya no existen en virtud de la ley, nada impide establecerlas por voluntad de los propietarios. Sin decirlo se comprende de que el que construye una cosa puede dejar más allá de la pared un espacio de terreno destinado para que sirva de *turno de escala*. Surge, en este caso, una dificultad concerniente á la prueba; más adelante volveremos á tratar el punto. Suponiendo probada la propiedad, se aplican los principios generales que rigen el derecho de dominio. El propietario podrá hacer de los terrenos lo que quiera, mientras que el vecino nada podrá hacer; ni siquiera podrá adquirir la medianería de la pared, supuesto que ésta no separa las dos heredades. (2).

1 Discurso de Gillet, núm. 11 (Loché, t. 4º, p. 195).

2 Toullier, t. 2º, p. 254, núm. 562. Durantou, t. 5º, p. 324, número 316.

119 La servidumbre de turno de la escala puede también establecerse, pero únicamente por título, puesto que es una servidumbre discontinua (arts. 688 y 691). Hay una sentencia en este sentido. Invocábase el consentimiento tácito de las partes contrayentes; la corte resolvió que al celebrar el contrato, las partes no pensaban ni en reservar el turno de la escala, ni someterse á él (1). Precisaba haber dicho más. El consentimiento tácito de las partes interesadas no equivale á título sino cuando hay destino del padre de familia, y este destino no puede invocarse sino cuando la servidumbre es continua á la vez que aparente.

¿Qué debe resolverse de las servidumbres adquiridas en el antiguo derecho? El código mantiene las que estaban establecidas por una posesión inmemorial (art. 691). ¿Sucede lo mismo con las servidumbres legales anteriores á la publicación del código? Sí, en principio, porque la ley equivale á título. Esto, no obstante, es muy dudoso, respecto al turno de la escala. Servidumbre de escala, en el sentido escrito de la expresión, no la había; era más bien una obligación de buena vecindad fundada en la equidad. Las costumbres mismas que consagraban ese deber añadían una reserva. Hemos citado la costumbre de Melun, que obligaba al vecino á sufrir *paciencia y paso*, pero el art. 75 decía: "la tolerancia de quien ha permitido á otro que tenga escala en su heredad, no da ni hace adquirir el goce sin título expreso," salvo si hubiese contradicción. Sólo en este último caso había verdadera servidumbre, y podría ser mantenida por el código civil. En cuanto al deber de humanidad que las costumbres prescribían, ha venido ha ser, por la abrogación de las costumbres, un deber puramente moral, del cual no tiene que ocuparse el

1 Douai, 21 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 5, 437. Compárese Bruselas, 21 de Enero de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 80).

derecho. Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de Rouen (1). Invoca la costumbre de Nantes; pero esta costumbre á la vez que prescribía al vecino que tuviese paciencia al que tiene que emprender reparaciones, agregaba esta reserva: "el que edifica no puede, en razón de lo antes dicho, adquirir *derecho ni posesión* contra *aquello*, con perjuicio del que ha dado ó sufrido dicha *paciencia*." Luego era una simple *paciencia* y nó un derecho.

120. Cuando el turno de la escala constituye una servidumbre, los derechos del propietario dominante son mucho menos extensos que cuando el terreno que sirve de turno de escala pertenece al propietario del edificio. No puede servirse de aquél sino para hacer las reparaciones necesarias á su casa, mientras que el vecino, siendo propietario del terreno, dispone de él como le ocurre, con tal que no estorbe el ejercicio de la servidumbre. Luego el propietario del edificio tiene interés en sostener que posee más allá de su pared un terreno del cual dispone. Esto es muy importante, sobre todo, cuando se trata de probar su derecho; la propiedad se adquiere por la prescripción, y se prueba por una posesión trentenaria, mientras que la servidumbre de turno de la escala, como que es discontinua, no se adquiere sino por título; y muy á menudo, para las casas viejas, no hay título, ni para la servidumbre ni para la propiedad. Queda por saber de qué manera el propietario de la casa probará que el terreno que reclama le pertenece. La ley no establece ninguna presunción de propiedad, y ni podría haberla, porque el que edifica tiene el derecho de edificar en el límite separativo de su heredad. Se permanece, pues, bajo el imperio de los principios generales. Rara vez habrá lugar á la prueba testimonial, en razón del valor pecuniario del terreno litigioso. Luego se necesitarán escritos. Los tribunales se mues-

1 Rouen, 8 de Febrero de 1828 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 805, 2°).

tran bastante fáciles en la admisión de estas pruebas. Como no hay escrituras propiamente dichas, el juez se conforma con una prueba más ó menos vaga, resultante de los hechos, del estado natural de las heredades; bien entendido que la propiedad del predio mismo debe establecerse por título; después de esto ya no se trata más que de determinar los límites precisos. La corte de casación ha fallado que las indicaciones del catastro, la plantación de árboles en el límite de la heredad podían servir de prueba de que el propietario de un parque que confina con unos prados es propietario de un terreno que sirve de turno de escala (1).

121. Estas mismas condiciones y este conjunto de pruebas suelen muy á menudo faltar cuando se trata de un edificio. Puede suceder que en realidad no haya ni cerco, ni turno de escala. Cuando se hacen necesarios algunos trabajos, ¿cómo emprenderlos si sólo se pueden hacer pasando por el terreno del vecino? ¿Podrá el propietario reclamar el paso? En derecho estricto, debe contestarse negativamente. No hay paso sino á título de servidumbre ó como ejercicio de la propiedad, y nosotros estamos suponiendo que el dueño del edificio no tiene servidumbre y que no es propietario, ó lo que viene á ser lo mismo, que no puede establecer su derecho. Los autores han tratado de eludir el rigor del derecho, distinguiéndose las diversas hipótesis que pueden presentarse.

Se distingue desde luego, si la pared es ó nó medianera. Si se trata de reparar una pared medianera, cada vecino debe procurar el paso necesario para la reparación. Esto es admisible, hasta en derecho estricto, porque estando obligados los dos co-propietarios á contribuir á las

1 Sentencia de París, de 10 de Marzo de 1865, confirmada por una de denegada apelación, de 17 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 495).

reparaciones, art. 655, deben por esto mismo facilitar un paso, sin el cual serían imposibles las reparaciones. El paso se reclama, en este caso, no á título de turno de escala, sino como una consecuencia de la comunidad. Si la pared no es medianera, se admite además que, en las ciudades y arrabales en donde es forzoso el cerco, el propietario de la pared podría obligar al vecino á sufrir el paso de los obreros empleados en la reparación de la pared, porque también podría obligarlo á la construcción y reparación de un cercado común. No podemos participar de tal opinión, por más que esté adoptada generalmente. Toullier tiene razón al decir que por todo el tiempo que el propietario de una pared tiene su propiedad exclusiva, no puede prevalerse de los derechos que podría ejercer si fuese medianera: hay en esto una falta de lógica que salta á la vista (1). Demolombe confiesa que la opinión general está fuera de los principios rigurosos de derecho, pero que es favorable; y no se sorprendería, dice él, de verla triunfar alguna vez en la práctica (2). No gustamos de ver que se subordine el derecho al hecho, porque esto casi es incitar al juez á que se coloque encima de la ley, siendo así que el derecho debería ser la regla invariable de sus decisiones.

122. También se admite el paso forzado, cuando se trata de reparaciones que deben hacerse en el techo de un edificio en el cual el propietario tiene el derecho de desagüe. Esto, dicen, es una consecuencia necesaria de esta servidumbre. En este punto Toullier tiene también razón contra Pardessus (3). Las dos servidumbres son esencial-

1 Toullier, t. 2º, p. 253, núm. 559. En sentido contrario, Delvincourt, Pardessus y Durantón (t. 5º, p. 323, núm. 316).

2 Demolombe, t. 11, p. 491, núm. 424.

3 Toullier, t. 2º, p. 254, núm. 560. Aubry y Rau, t. 3º, p. 89, nota 3. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, p. 507, núm. 227. Durantón, t. 5º, p. 49.

mente diferentes, una es continua y la otra discontinua; lo que se considera como lo accesorio puede ser más embarazoso que la servidumbre principal: así, pues, no hay que concluir de la una para la otra. Es razonar mal el decir, como lo hacen, que si el paso no existe precisamente á título de derecho, será en razón de una especie de fuerza mayor, de una necesidad absoluta que no permite rehusar el paso (1). Una cuasi-fuerza mayor no da derecho contra el derecho. Si la necesidad bastara para que hubiese un derecho de paso, el legislador no habría tenido necesidad de organizar la servidumbre de enclave, es preciso una ley para que la necesidad engendre un derecho.

123. Así, pues, no podemos afiliarnos al parecer de Pardessus, el cual enseña que si el propietario justifica que no tiene medio ninguno de hacer las reparaciones, estará fundado por una inducción tan justa como natural del artículo 682, á exigir de su vecino que le conceda el paso mediante una indemnización. Esta opinión ha sido sostenida con alguna vivacidad por Mauguin en su "Ensayo sobre el código Napoleón," y ha sido consagrada por una sentencia de la corte de Bruselas. Nunca faltan malas razones para defender una mala causa. Comprendemos que se coloque uno en el terreno de la equidad y que se diga con la corte de Bruselas, que rehusar el paso en caso de necesidad sería lastimar las conveniencias entre vecinos; ¿no es llegado el caso de decir con los jurisconsultos romanos: "quod tibi, non nocet, et alteri prodest, facile concedendum?" (2). La corte echa en olvido que bajo el imperio de un código los tribunales cesan de ser jueces de equidad, y que no son ya más que los ministros de la

1 Dalloz, *Servidumbre*, núm. 811.

2 Bruselas, 28 de Marzo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 378). Comparese Burdeos, 20 de Diciembre de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, número 812, 1°).

ley (1). Así, pues, hagamos á un lado las conveniencias y consultemos el derecho. No hay que sacar inducciones del art 682, porque no se extienden las derogaciones de la propiedad; si alguna disposición es de estricta interpretación, es la del art. 782 que obliga á un propietario á soportar una servidumbre. En vano se dice que el vecino que rehusase el paso ocasionaría la ruina del edificio, porque por falta de paso no podría ser reparado. Contestaremos con Toullier que al que edifica incumbe velar por la conservación de su cosa y no á su vecino. Singular justicia y singular equidad la que impone una servidumbre al vecino, porque al propietario le ha parecido bien construir en el límite preciso de su heredad, sin reservarse ni propiedad, ni servidumbre para hacer las reparaciones cuya necesidad debería prever! En derecho como en equidad, el imprudente es el que tiene que soportar las consecuencias de su imprudencia (2).

124. Hay una sentencia que parece admitir el turno de escala en favor de las iglesias, en el sentido de que los propietarios vecinos estarán obligados á procurar el paso para llegar á los intervalos de los machones y hacer las reparaciones indispensables (3). Formulada en términos tan absolutos, la decisión es evidentemente inadmisibile. Las iglesias están regidas por el derecho común, y no pueden disfrutar de una servidumbre de escala, puesto que esta servidumbre no existe sino en virtud de una estipulación. ¿Cómo es que la corte de Agen ha llegado á tal conclusión? Los pilares exteriores, dice la sentencia, y los estribos que sostienen los muros de la iglesia forman cuerpo con ella, y como ella son imprescriptibles. Esto es evidente. La sentencia agrega que el terreno ó espacio exis-

1 Véase el t. 1° de esta obra, núm. 29.

2 Toullier, t. 2°, p. 252, núm. 559. En sentido contrario, Pardessus, t. 1°, p. 508, núm. 227.

3 Agen, 2 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 150).

tente entre los pilares es un accesorio de la iglesia y su parte integrante. Aquí nos metemos al dominio de las probabilidades, y en consecuencia, de las presunciones. Que tal terreno sea una dependencia de la iglesia, es muy probable, pero una probabilidad no es una prueba, y presunción legal no la hay. En vano dice la corte que el espacio comprendido entre los machones no puede llegar á ser propiedad privada, puesto que la ocupación de ese terreno haría imposible las reparaciones; todo propietario de un edificio podría decir otro tanto para pretender que debe tener la propiedad del terreno que toca su pared. No existe más presunción en favor de las iglesias que en favor de los particulares. Este mismo motivo decide también la cuestión de la servidumbre de escala. Es necesario que la fábrica pruebe su derecho de propiedad en los terrenos intermedios, entonces podrá pedir que las construcciones que allí se han levantado sean derrumbadas. Si reclama el paso por las heredades contiguas debe también establecer ó que es propietario ó que tiene un derecho de servidumbre.

CAPITULO IV.

DE LAS SERVIDUMBRES ESTABLECIDAS POR OBRÁ DEL HOMBRE.

SECCION I.—División de las servidumbres.

§ I.—DE LAS SERVIDUMBRES URBANAS Y RUSTICAS.

125. El art. 687 dice: "Las servidumbres se establecen ó para el uso de los edificios, ó para el de los fundos de tierra. Las de la primera clase se llaman "urbanas," sea que los edificios á los cuales son debidas, estén situados en la ciudad ó en el campo. Las de la segunda especie se llaman "rústicas." Esta disposición patentiza el respeto exagerado que los autores del código tenían por la tradición. La división de las servidumbres en urbanas y rústicas existía en derecho romano y en la antigua jurisprudencia; y no carecía de importancia, porque la adquisición y la extinción de estas servidumbres no estaban regidas por los mismos principios. Según el código Napoleón, al contrario, no hay ninguna diferencia jurídica entre las servidumbres urbanas y rústicas. Careciendo ya de utilidad esta distinción tradicional, es inútil detenernos en ella.

§ II.—DE LAS SERVIDUMBRES CONTINUAS Y DISCONTINUAS.

Núm. 1. Definición.

126. Según los términos del art. 688, "las servidumbres continuas son aquellas cuyo uso puede ser incesante sin