

dencia; el hecho de que durante el régimen colonial no haya existido ningún gobierno propio del país; la ambición de los unos y la apatía de los otros, produjeron, en efecto, en definitiva el predominio de unos cuantos y la relegación á los más.

Si la anarquía volviera de un modo endémico á la nación, sin duda ésta se desharía disgregándose; ni las guerras exteriores nos perseguirían sin descanso, México sería absorbido, ó preponderaría, por lo contrario, gracias al régimen militar y á la obediencia absoluta á un perpetuo caudillo. La historia, sin embargo, nos demuestra que las guerras son menos frecuentes, y la paz realizará nuestros ideales: despierta al fin por completo la iniciativa individual, concurrirá el pueblo entero á las elecciones para crear por sí mismo los gobiernos, y el campo de acción de las instituciones políticas se irá estrechando ante el engrandecimiento de la acción privada, para realizar de este modo el progreso.

México, Febrero de 1891.

*Lic. Ezequiel A. Chávez.*

---

## SERVIDUMBRES PÚBLICAS

AL GRAL. MANUEL GONZALEZ COSIO

Presidente de la Corporación Municipal de México.

---

### SUMARIO.

1. No hay ni se reconocen servidumbres sobre las calles de una población.
2. El acto de abrir zaguanes ó ventanas en pared propia, sobre las vías públicas, importa un derecho *imperfecto* que espira en el instante en que el terreno que sirve de vía pública es vendido por el Municipio.
3. Los ribereños ó colindantes no pueden oponerse á la enajenación de la vía.
4. Solamente pueden aspirar á una indemnización de daños y perjuicios, pero este derecho no está protegido por las leyes de expropiación ni da facultad para retener la cosa mientras la indemnización no esté hecha.

### I

El desarrollo constante de esta capital ha demandado ciertas modificaciones en su plano topográfico y en el alineamiento de sus calles. Algunas se han abierto nuevamente, pero otras en cambio han dejado de servir para el tráfico. Este vaivén que produce el progreso de una ciudad que despierta á los movimientos del influjo civilizador de las vías férreas, que se galvaniza al sentir el silbato de las locomotoras, ha estrechado al Municipio más de una vez á enajenar los terrenos de las calles suprimidas, que perdiendo su destino, representan sin embargo, una propiedad de la que necesariamente tiene que desapoderarse urgida por las leyes de desamortización.

Más de una ocasión se ha detenido el Municipio por la actitud asumida por los propietarios, que ante el peligro de presenciar sus fincas enclavadas, si los compradores obstruyesen con su edificación las puertas y ventanas, han acudido al interdicto posesorio, sosteniendo la exis-

tencia de servidumbres que han debido respetarse. Ante situaciones semejantes, hay necesidad de acudir á la ciencia del derecho. Ella es la única antorcha que iluminarnos puede para ver con claridad en medio del antagonismo de tantos intereses.

Obligado á terciar en un debate tan interesante, no sólo movido por mi amor á la luminosa ciencia de Ulpiano, sino por el honroso encargo que nuestra Municipalidad me ha confiado, voy á internarme al estudio de la cuestión, abordando todos los puntos que abraza, confiando en que alguno de mis compañeros me seguirá en este camino, contribuyendo con sus luces al descubrimiento de la *verdad científica*, que es el *desideratum* que ha puesto en actividad mi pobre inteligencia.

## II

Si limitase este estudio á la simple exposición del derecho positivo y al examen de la jurisprudencia de nuestros tribunales, con muy pocos esfuerzos demostraría la inmunidad de nuestras vías públicas.

«Otro si decimos, que non debe ser opuesta servidumbre en aquellas cosas que son á uso é á pro comunal de alguna cibdad ó villa, así como los mercados, é las plazas, é los egidos, é las otras cosas semejantes de ellos.» Esto decía la ley 13, tít. 23, Part. 3ª

El comentador Fernández Gutiérrez revela con estas palabras la filosofía del precepto: «porque esas cosas están fuera del comercio, y no son objeto de propiedad privada.»

«*Ea enim qua sunt in usu público, qua público sunt, non possunt vendi neque sunt in commercio.*» G. López, ad. leg. 15, tít. 5º, Part. 5ª

Una servidumbre disminuye el valor del fundo en que está constituida, equivale á una enajenación, á una dimisión del valor cercenado al valor total del edificio; por consiguiente, el inmueble que esté fuera del comercio humano, no es susceptible de la cuasi enajenación á que una servidumbre se reduce, porque una cosa no puede ser y dejar de ser á un mismo tiempo.

«*Juris namque realis constitutio, alienatio est.*» Este aforismo romano es la paráfrasis de la legislación alfonsina, y en él se encuentran con admirable concisión las teorías de los publicistas.

Nuestra legislación novísima ha seguido fielmente esas tradiciones inmortales. Después de definir los bienes de uso común, los enumera entre los *públicos*, y hablando de los bienes que no pueden enajenarse sino en los casos y forma que la ley establece, enumera «los bienes de propiedad pública,» arts. 702 y 2829, Código Civil.

Pero además de las prescripciones del derecho positivo, hay razones de una filosofía incontestable que consagran el precepto prohibitivo de la ley alfonsina, las teorías de los publicistas que le han prestado su apoyo y su sanción, y las disposiciones de nuestro nuevo derecho. Esas razones pueden condensarse en este principio absoluto: «No hay ni se encuentran los elementos constitutivos de una servidumbre, en el uso de las vías públicas.»

Recorreré rápidamente esos elementos fundamentales.

Lo primero que descubrimos en la noción de servidumbre es la idea de la *cuasiposesión*. Los derechos reales, como incorpóreos, se cuasiposeen, y es esa cuasiposesión la que está protegida por los *interdictos*. Desde que el supuesto derecho recae sobre un objeto que no es susceptible de posesión ó *cuasiposesión*, no es posible la idea de servidumbre.

Pues bien, las calles, las plazas, etc., no pueden ser susceptibles de posesión, en el sentido jurídico de la idea, es decir, con las condiciones características del *jus possidendi*; á saber, *corpus possessionis* y *animus sibi rem habendi*.

Esta última condición, que representa la *intentio* del poseedor, que revela el derecho de que la posesión emana, y que marca esa línea límite entre la *posesión* y el *precario*, no es posible hallarla en el uso de las vías públicas, precisamente porque los bienes «comunes» no pueden ser objeto de la propiedad exclusiva de un particular mientras son *públicos*, mientras sirven al objeto á que por su naturaleza están destinados.

Si el uso común rechaza el uso individual exclusivo, si la idea de apropiación *animi domini* no es posible en estos bienes, no puede invocarse la *posesión* jurídica en el sentido científico de la palabra.

Si la vía pública no puede poseerse, no puede constituirse sobre ella una *servidumbre*.

Lo segundo que descubrimos en la noción de servidumbre, es la virtud de modificar el valor del predio *serviente*, mediante un servicio que favorece al *dominante*, exclusivamente en favor de su dueño. Tratándose de las vías públicas, no se advierte modificación alguna en la propiedad emanada del uso de los ribereños. El paso permanece libre para ellos y para todos los habitantes del Municipio. La cosa continúa prestando el servicio á que naturalmente está destinada, y nada hay que atestigüe alteración.

Finalmente: la *perpetuidad*, atributo dominante y que es el molde en que están vaciadas todas las servidumbres, no existe tratándose de las vías públicas interiores de una población.

Este atributo que diseña á la servidumbre de una manera tan perfecta, que obliga al dueño del predio sirviente á no ejecutar alteraciones ni á verificar obras que estorben el uso del derecho de servidumbre, que mantiene incommovible y eterna la *cuasiposesión*, como eterna tiene que ser por su destino una construcción determinada, no existe, vuelvo á decirlo, en la llamada servidumbre sobre las vías públicas.

El Municipio en quien se encarna el dominio de todos los bienes comunales, conserva vivas sus facultades naturales para vender un terreno destinado al uso público, ó para modificar un trazo, abriendo nuevas calles ó clausurando otras.

No estando ligado por la convención, puede ejecutar cuantas medidas le sugiera el ejercicio de sus facultades *proprias*, sin que su tolerancia signifique obligación de *no hacer*, de *non faciendi* ó *non edificandi*.

Y cuando la tolerancia de un uso, ó de una determinada situación, no es de tal naturaleza que arme al que la goza de la facultad de oponerse á sus modificaciones, ó en otros términos, cuando conservamos una facultad libérrima para exonerarnos de una carga, ó de un deber, la noción de servidumbre es legalmente imposible. Después de este bosquejo no puede afirmarse seriamente que las calles, las plazas, etc., pueden ser susceptibles de servidumbre. No es, pues, la ley viva solamente la que rechaza el gravamen sobre nuestros bienes comunales, es su filosofía la que protege su inmunidad.

### III

Como algunos jurisconsultos no han podido mirar impasibles la clausura de las puertas ó ventanas de un edificio construido en el alineamiento oficial de una ciudad determinada, contemplando al dueño como una simple víctima inmolada, que mira enclavarse su propiedad sin remedio y como un simple hecho consumado, abordaron el estudio de este caso tan interesante bajo distinto aspecto y en el terreno de la indemnización civil.

Dos han sido las escuelas que se formaron: la de los que sostienen que el derecho de abrir las puertas y ventanas sobre una calle pública es una servidumbre *imperfecta*, y la de los que reconocen que la apertura de esas puertas obedece á un derecho *ad hoc*.

A la vanguardia de los primeros está el eminente jurisconsulto Laurent. Este publicista no ha tenido valor de rebelarse contra los principios que rigen y gobiernan la materia de servidumbres. Al contrario, reconociendo que algunos de sus caracteres más esenciales no se hallan

en el uso de las vías públicas, esquiva las objeciones, sosteniendo que la servidumbre que reportan las calles públicas, sirviendo de paso á los edificios y dando luz á sus habitaciones, es una servidumbre *sui generis*, distinta, diferente de las demás servidumbres. «Si las servidumbres pueden modificarse y alterarse por fuerza de la convención, ¿por qué no había de aceptarse una servidumbre imperfecta, cuando su imperfección resulta de la naturaleza del fundo sirviente?» Tal así se expresa el eminente comentador del Código francés.

Verdad es que no ha satisfecho el elegante expositor la más vigorosa de las objeciones. ¿El sistema del Código admite la existencia de las servidumbres anómalas? ¿En qué ley fundarse puede una doctrina que desliza en medio de una legislación precisa y terminante, la existencia de una servidumbre que no incide en la definición legal de esos gravámenes reales?

La objeción es perentoria y sólo se contesta en el terreno abstracto de la ciencia, idealmente, y en el campo de la utopía.

El paladín de la otra escuela es Pardessus.

El derecho del ribereño no importa un gravamen real, dice este jurisconsulto. Se usa de una vía pública en ejercicio de un derecho propio, no de una simple tolerancia municipal. Los bienes públicos pertenecen á todos. Los bienes comunales pertenecen á todos los habitantes de un Municipio. Esta propiedad está distribuida en esa masa de hombres que habitan en casas agrupadas siguiendo un alineamiento común. El que abre puertas y ventanas, ejerce el derecho que le corresponde proporcionalmente como vecino ó ribereño de una vía de comunicación, y al ejercerlo descansa el quietismo de su derecho en la fe pública municipal, que al designar el plano de las construcciones, como que se obliga á respetarlo de un modo perdurable. ¿A qué categoría pertenece ese derecho?

Esto sí que no lo han definido Pardessus ni los demás jurisconsultos que han seguido su sistema. Al llegar aquí se detienen en el campo vastísimo de las teorías. Es un *derecho imperfecto*, dicen estos doctrinarios, armonizando en esto con las teorías rivales de las servidumbres *anómalas*.

Como se vé, hay un punto de contacto entre esos dos sistemas que tienden á una fusión completa y absoluta, á saber, la *anomalía* del ribereño.

Esta anomalía se impone por consideraciones de otro orden que representan el mismo papel en las dos escuelas rivales, que las hace converger admirablemente á un mismo punto objetivo, y que identifican.

dolas, producen la fusión más completa entre los principios sobre que reposan. Este admirable punto de contacto es el siguiente: *la acción municipal*.

La libertad de la acción municipal no tiene fronteras. El Municipio puede cambiar el estado de los lugares como lo juzgue conveniente, sin poder ser detenida por el ribereño, cuando un motivo de salubridad ó las ventajas del comercio y de la industria lo demanden.

Tal es el límite del derecho del ribereño según los publicistas, tal la frontera de la *servidumbre*, según Laurent.

Examinando con atención ambas doctrinas, se sorprende el criterio al presenciar cómo ha sido posible una diversidad tan absoluta en la nomenclatura del derecho, después de haberse confundido, identificado, incorporado, por decirlo así, en el *límite* de ese mismo derecho, en su acción, y en la zona en que puede ejercerse.

Tenemos, pues, una derivación segura y precisa. El derecho de usar de una calle pública, de abrir hacia ella las ventanas de nuestras habitaciones y las puertas de nuestros edificios, llámese derecho de uso de *cosa pública* ó *servidumbre imperfecta*, se extingue, perece, desde el instante en que el terreno se enajena por la Municipalidad ó desde que la vía deja de tener su anterior destino.

Los ribereños ó colindantes no tienen poder bastante para detener la marcha de la acción administrativa.

Si el interés privado se siente herido, há lugar á la simple indemnización civil, contra el Municipio ó contra el comprador del terreno, si éste acepta esa responsabilidad en el título de la enajenación.

En Francia se profesan esos principios, si hemos de dar crédito al Sr. Dalloz. En su «Repertorio» se encuentran ejecutorias que han sancionado «que si un camino público es regularmente suprimido ó enajenado, esos actos entrañan la *extinción* de los derechos de *servidumbre* que los vecinos pudieran tener sobre la vía, salvo sus derechos á la indemnización.» Sentencias de 3 de Mayo de 1858 y 15 de Julio de 1851.

Se vé que en Francia impera la escuela del Sr. Laurent, sin restricciones.

#### IV

Al trasplantar esas doctrinas á nuestro suelo, lo primero que llama nuestra atención es el sistema *preventivo* que adoptaron nuestros codificadores, con una prudencia digna del mayor elogio.

Con seguridad afirmo que se tocaron en el seno de la Comisión tan

curiosas cuestiones de derecho civil, abordándose el remedio con una mano firme y segura en el art. 707 de nuestro Código.

Cuando se enajene una vía pública, la ley impone al Municipio el deber de venderla á favor de los colindantes de una manera proporcional. Por medio de este sencillo sistema, cada propietario salva sus luces, sus vistas y sus derechos de paso, sin estrépito y sin contienda, y aun cuando este mismo precepto significa que nuestros legisladores no fueron tampoco partidarios de los derechos absolutos de los ribereños, cuando en vez de consagrarlos los someten á una compra forzada, no por esto es menos juiciosa la idea planteada en el art. 707.

Si el ribereño no hace uso de su derecho, ó si no demanda dentro de seis meses la rescisión de la venta hecha por el Municipio sin aviso previo de los colindantes, la operación queda irremisiblemente hecha.

En presencia de ese precepto, parece que no son de aplicación las teorías de los publicistas, y que las cuestiones de indemnización no tienen mucho campo en que desarrollarse. El ribereño que no quiere comprar ó no intenta rescindir el contrato hecho sin su audiencia, consiente los procedimientos, sanciona todo con su silencio y no puede invocar su derecho á las indemnizaciones. Al que *consiente* no se le hace *injuria*, dice un aforismo jurídico.

Pero como no creo remoto el análisis de nuestro artículo bajo el aspecto constitucional, como en el fondo de sus disposiciones palpita la cuestión de expropiación, y como, en último análisis, una compra forzosa restringe la libertad y toca al santuario del dominio, tanto ó más que la venta impuesta por las leyes, no carecerá de interés consultar un cuadro como el que acabo de trazar, en que se miran las teorías y las decisiones de los tribunales en todo su vigor y en todas sus manifestaciones.

Por otra parte, antes de ley civil vigente, los Códigos no preceptuaron la enajenación de la vía pública á favor de los ribereños. De manera que las ventas de terrenos destinados á vías de comunicación realizadas bajo el imperio de la legislación anterior, reclamando están un juicio claro y una perfecta decisión.

Para aclimatar aquellos principios filosóficos, no hay obstáculo. No tenemos precepto alguno que los rechace del seno de nuestro derecho civil. La ciencia del derecho no tiene fronteras y la pureza de las sentencias dictadas en Francia tiene que posarse también en la conciencia de nuestros tribunales, consagrandolo la libre acción de los Municipios, reconociéndoles la facultad de disponer de sus propiedades comunales, colocando su mano hasta impedir que el interés individual

estorbe el movimiento de nuestras Corporaciones, asegurándole tan sólo una indemnización si de verdad ha tenido perjuicios.

Lejos de manifestarse esas doctrinas como exóticas, encontrarían un terreno apropiado en que cultivarse en nuestro suelo.

Hay otro precepto que atestigua que nuestros jurisperitos se afiliaron en la escuela de los derechos *limitados* que fundó Pardessus.

El art. 995 del Código Civil asegura á los poseedores de las fincas que quedasen enclavadas por la enajenación de una vía pública, el paso á las habitaciones precisamente por la heredad por donde últimamente lo hubo.

En el lenguaje de nuestro derecho significa este precepto que no hay ni se reconocen en las calles servidumbres de paso que estorben con el poder omnímoto de un derecho real, la enajenación de los terrenos que los constituyen, y que si á consecuencia de ella las fincas quedasen aisladas de la vía pública, quedan protegidas por la *servidumbre legal*, sobre el terreno vendido.

Esos preceptos están preparando el terreno de nuestra jurisprudencia de la manera más propicia para adoptar la escuela francesa como la más adecuada á nuestro derecho civil. ¿Conformaríase también con los preceptos de nuestra ley suprema?

## V

• Nuestra Constitución garantiza que la propiedad de las personas no puede ser ocupada, sino en caso de utilidad pública y previa indemnización.

¿El derecho de los colindantes, reconocido y elevado hasta el grado de motivar una indemnización, es de tal naturaleza que protegerse debe por las teorías de la expropiación forzada?

En otros términos, ¿puede el colindante con la vía pública *retener* la posesión de su derecho, sea ó no de servidumbre, mientras la indemnización no esté hecha?

Plantear la cuestión, es presentar toda su importancia y todo su interés; pero los antecedentes jurídicos bosquejados en este ensayo científico, señalan con segura mano la regla decisoria.

La Constitución asegura la indemnización *previa* al sacrificio de la propiedad. Esto significa que mientras la indemnización no esté realizada, la propiedad continúa inviolable; que mientras no esté asegurada, el propietario retiene ó puede retener la cosa objeto del procedimiento. Tal es la teoría de la retención en materia de expropiación por causa de utilidad pública.

¿Pero cuál es la propiedad amparada por ese derecho de retención, en términos de estar protegida por el interdicto constitucional del amparo de garantías, si por ventura fuese violado?

La propiedad que la Constitución coloca bajo su égida, es la que reposa sobre un derecho perfecto, absoluto, que no tiene ninguna relación; ningún punto de contacto con el procedimiento mismo de la expropiación; pero el derecho del ribereño no puede aspirar á los honores de esa indemnización privilegiada.

Acabamos de ver con toda firmeza al hacer el contorno de las escuelas fundadas en el terreno de la filosofía y del derecho, que las dos coinciden en presentar el de los colindantes para abrir puertas y ventanas sobre las calles públicas, como *imperfecto*, como transitorio en su esencia, como indeterminado y sometido á extinguirse *ipso facto*, por la enajenación del terreno vecinal.

En la naturaleza misma del derecho está su imperfección y el porvenir incierto de su existencia. Puede decirse que su *tipo* y su elemento característico están dibujados esencialmente en ese perfil visible, en su destino temporal, en que tiene que morir en el instante mismo en que el terreno público deje de tener tal denominación.

Como creación científica, que debe su sér á los comentadores y á los publicistas, tiene que amoldarse á las nociones que le infundieron su existencia, sin poder ir más allá, sin pretender superioridad alguna sobre las máximas que fueron su cuna y su origen.

Si el ribereño mantuviese también el derecho *de retención* mientras la indemnización no esté efectuada, si aspirar pudiese al amparo constitucional del art. 27 de la ley suprema, si tal derecho le fuese naturalmente objetado, sucedería que en lugar de haber perecido *ipso jure*, habría sobrevivido á la eventualidad que le quitaba sus últimos alientos, que habría sido más poderoso que las doctrinas que le dieron ser, y esto sería absurdo.

Hé aquí por qué sostengo que las cuestiones de indemnización pueden ser *posteriores* sin infracción constitucional. Extinguido el derecho por una evolución natural de su existencia, el amparo constitucional nada tendría que conservar, nada que restituir, y no habría materia para el juicio.

Al suprimirse la vía pública pereció el derecho imperfecto, para transformarse tal vez en un derecho real, si á partir desde ese instante se adquiriese por prescripción las servidumbres susceptibles de ese modo de constituirse. Al llegar á ese momento supremo, no asume el caso los elementos de la expropiación, sino los de una indemnización civil

de daños y perjuicios, los de una cuestión de *hecho* resoluble por los tribunales comunes y por la vía ordinaria.

Parece que en Francia se presentó un caso análogo, y á juzgar por los datos que proporciona el eminente juriconsulto belga, las leyes sobre expropiación no fueron aplicadas. Este precedente me infunde valor y fortifica más mis particulares derivaciones.

## VI

Cuando se está en presencia de un cuadro científico como el que acabo de narrar, en que se ven varias escuelas y doctrinas diversas, los ayuntamientos deben conducirse con una prudencia suma.

Por correcta que sea, como de verdad lo es, la doctrina que rechaza las nociones de servidumbre sobre las vías públicas, una precaución conjurará muchos litigios y salvará más de una dificultad.

No encuentro yo bueno el sistema de estipular con los compradores el respeto de las servidumbres constituidas, porque si esas servidumbres son ideales, si legalmente no han podido existir, la estipulación es *inútil*.

El erudito y respetable Sr. Lic. Rafael Ortega, honra de nuestra judicatura, que ha sabido conservar la venerable memoria de su inolvidable progenitor el respetabilísimo Sr. D. Eulalio, acaba de pronunciar un fallo en que declara *inútilibus stipulationibus*, esta clase de convenciones preventivas. (Sentencia visible, en el tomo 36, núm. 41 del *Foro*.)

Después de citar una ejecutoria interesantísima pronunciada en un interdicto que promovió el poseedor de una de las fincas situadas en lo que se llamó «Plaza del Baratillo,» que sirve ahora de asiento al Teatro de Iturbide, quejándose de la clausura de una de sus ventanas de luz con la edificación de la obra, cuya ejecutoria rechazó el interdicto fundándose en que no hay ni se reconocen servidumbres sobre las vías públicas, decidió el Sr. Ortega que era inútil la estipulación que tendiese á reconocerlas.

Creo por esto que la misión de los municipios debe dirigirse á trasladar á los compradores la obligación de hacer frente á las indemnizaciones. Es verdad que los ribereños no están obligados á dirigir su acción contra los compradores. Estipulación semejante importa una *delegatio*, y ésta no puede efectuarse sin consentimiento del acreedor; pero una condición *suspensiva ó resolutoria* satisfaría todas las exigencias.

«No se entenderá trasferido el dominio, si el comprador no arregla las reclamaciones formuladas por los colindantes.»

Esta fórmula no comprometerá á los municipios, y estos se verán libres de las peligrosas cuestiones de expropiación, que pueden tener grandes proporciones á la faz de nuestra ley suprema.

México, Mayo de 1891.

*Lic. Fernando Vega.*

