

necesidad. Desde el momento en que se satisface á esta necesidad, el propietario enclavado deja de tener derecho á querellarse. Hay una sentencia en este sentido (1).

Núm. 4. Extinción de la servidumbre.

110. ¿La servidumbre de paso se extingue cuando llega á cesar el enclave? Esta cuestión es muy debatida, divide á los autores y á la jurisprudencia (2). Si se tiene en cuenta, como lo hemos hecho, la naturaleza particular de la servidumbre de enclave, casi no hay lugar á duda. El paso, en caso de enclave, está establecido por la ley por motivo de utilidad pública; desde el momento en que la sociedad no está ya interesada en que haya un paso forzado, la servidumbre deja de tener razón de ser: ¿es concebible un paso ejercido á título de enclave, cuando deja de existir éste? En vano se dice que toda servidumbre se establece con un espíritu de perpetuidad (3). Esto es verdad de las servidumbres en general. Si yo estipulo hoy un paso por utilidad de mi heredad, es probable que este paso jamás cesará de ser ventajoso al propietario del predio dominante. Pero si yo ejerzo hoy un paso por estar enclavado, la causa de la servidumbre es transitoria, porque mañana puedo adquirir un predio que me dé salida á la vía pública. Tan cierto es que el paso en caso de enclave no es perpetuo, que todo en él es variable; la servidumbre nada tiene de fijo, de inmutable; cada año puede ejercerse en una parte diferente del predio (núm. 94), puede aumentar de extensión si el propietario del predio en-

1 Bruselas, 3 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 301). La misma sentencia se encuentra por segunda vez, 1855, 2, 48. En sentido contrario, Bruselas, 26 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 316).

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. 3^o, p. 32, nota 34; Dalloz en la palabra *Servidumbre*, núms. 877, 878; Demolombe, t. 12, página 124, núm. 642.

3 Demolombe, t. 14, p. 125, núm. 642.

clavado extiende su explotación; puede también disminuir si las necesidades minoran, y por lo tanto, si las necesidades cesan por completo, la servidumbre debe también concluir (1). Cuando la causa única que origina un derecho viene á cesar, el derecho se extingue igualmente; es llegado el caso de aplicar el viejo proverbio: "cessante causa, cessat effectus."

111. No obstante, no escasean las objeciones, y son serias. Duranton dice, en nuestra opinión, que la servidumbre es condicional ó por lo menos á plazo, mientras que la ley la establece pura y sencillamente (2). Nos parece que el texto de la ley contesta suficientemente á esta argumentación. ¿A quién se ha otorgado el paso? "Al propietario cuyos predios están enclavados," dice el art. 682. Luego el enclave es la condición *sine qua non* del ejercicio del paso. El artículo agrega: "y que no tiene ninguna salida hacia la vía pública." Volvemos á preguntar: ¿se concede que un propietario reclame un paso en virtud del art 682, porque no tiene ninguna salida á la vía pública, cuando hay esta salida? *Reclamar*, nó, se dice, pero una vez que la ha reclamado, la servidumbre existe, es una servidumbre ordinaria de paso, por lo que deben aplicarse los principios generales que rigen la extinción de las servidumbres; ahora bien, la ley no colocó la cesación del enclave entre las causas que extinguen las servidumbres. ¿En qué viene á parar, pues, se dice, la opinión que declara extinguida la servidumbre de paso, cuando cesa el enclave? En crear una causa de extinción de las servidumbres, es decir, en hacer la ley. Y se la hace contra la intención del legislador. En efecto, la corte de Lyon había propuesto agregar á la sección que trata de la extinción de las servidumbres una disposición que dijera que si el paso

1 Rouen, 13 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1864, 2, 33).

2 Duranton, t. 5^o, p. 474, núm. 435.

concedido al predio enclavado cesare de ser necesario, se suprimiría, y que si se hubiese pagado una indemnización se devolvería el precio. No habiéndose aceptado esta proposición, debe creerse que los autores del código civil rechazaron ese modo de extinción de la servidumbre de paso. Este último argumento sería decisivo si el consejo de Estado hubiera discutido la proposición; pero no estaba formulada en el proyecto de código sometido á sus deliberaciones, y si los autores del proyecto no la han admitido, puede consistir en que juzgaron inútil la disposición. En efecto, los tribunales no declaran extinguida la servidumbre de enclave cuando éste cesa, se limitan á resolver lo que el sentido común resuelve, que no hay lugar á ejercer el paso por causa de enclave, no habiendo enclave. Inútil era decir esto bajo el punto de vista jurídico, porque siendo el enclave la condición ó la causa de la servidumbre, si falta la condición y cesa la causa, no puede tratarse ya de una servidumbre.

Se insiste y se dice que la verdadera causa de la servidumbre está en la ley, y de aquí se concluye que la ley sola que ha creado la servidumbre podría hacerla cesar; que por el hecho solo de no declararla extinguida, ella subsiste, porque toda servidumbre es perpetua, y sobre todo, la servidumbre de paso necesario, la cual es una especie de expropiación. Tal es la argumentación de Demolombe (1), que á nosotros no nos parece seria. Sin duda que toda servidumbre légal tiene su principio en la ley, pero la ley no establece servidumbre sin motivo jurídico; y el motivo es lo que constituye la causa, y en el caso de que se trata, no hay medio de equivocarse, supuesto que el legislador ha cuidado de indicar la razón por la cual da un paso al propietario enclavado, y es porque no tiene salida para la vía pública: ¿era necesario añadir que desde

1 Demolombe, t. 12, p. 125, núm. 642.

el momento en que tiene una salida, ya no puede ejercer un paso que sólo le fué concedido por la falta de salida? En cuanto á la pretendida perpetuidad de la servidumbre, que resulta de que es una expropiación, la respuesta se halla en el texto del art. 645 que define la expropiación por causa de utilidad pública (1).

112. En la jurisprudencia nos encontramos con una objeción mucho más seria; la corte de casación la ha sancionado con su autoridad, después de que fué desarrollada en un excelente informe del consejero Mesnard. Se conviene en que la causa que ha hecho que se establezca la servidumbre, es decir, la necesidad que resulta del enclave puede llegar á cesar; ¿pero no sucede con frecuencia que causas movibles y cambiantes producen efectos permanentes é invariables? Los contratos convencionales nos dan un ejemplo de esto; son irrevocables, por más que la causa que los ha originado sea una voluntad cambiante. De aquí el viejo proverbio: *Ab initio voluntatis, ex postfacto necessitatis*. Los jurisconsultos romanos han consagrado esta máxima, y Justiniano le ha dado cabida entre sus reglas de derecho. "Lo que una vez se ha establecido conforme á la ley, y con mayor razón en virtud de la ley, subsiste aun cuando sobrevenga un suceso que haya impedido que nazca el hecho jurídico, si desde el principio hubiese existido" (2). La servidumbre se establece por que hay enclave, un convenio determina su asiento y fija la indemnización que el propietario enclavado debe pagar; por lo mismo todo está consumado y es irrevocable. ¿Sería otra cosa si en lugar de un convenio, hubiera prescripción? Los principios son los mismos, porque el prolongado ejercicio de la servi-

1 Véase el tomo 7º de esta obra, núm. 424.

2 "Quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capert non potuerunt." (L. 85, D., de regul. jur.).

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 conservar la, 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.

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. 378).

2 Limoges, 20 de Noviembre de 1843 (Daloz, *Servidumbre*, número 378). En el mismo sentido, Lyon 24 de Diciembre del 841 (Daloz, *ibid.* núm. 380 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. 358). 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).

investison). 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 Tribunal 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 *cercos* (*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. Duranton, t. 5º, p. 324, número 316.