

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 *proscritas* (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 Tribunado," 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. Conformē 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 *instittutas* dicen: *Veteres haeredes pro dominis appellabantur* (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 (Dalloz, 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 Durantou, 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 precedera 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 denegación de 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 denegación de 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 interesa á todos los ribereños. El art. 681, colocado en el capítulo de las servidumbres legales, establece que todo propietario debe

1 Aubry y Bau, 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. ¿Quié debate 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 heredades 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 suprime 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 Zachariæ, 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<sup>o</sup>, 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 Breña," 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).