

En nuestra opinión, el derecho de los ribereños, es evidente, y se desprende lógicamente del principio que acabamos de establecer. Si los ribereños tienen una servidumbre de vista y de salida en la vía pública, la administración no puede arrebatárselos ese derecho sin indemnizarlos. Se ha sostenido lo contrario en Francia, al discutirse la ley de 24 de Mayo de 1842 sobre las porciones de caminos reales abandonados á causa del cambio de trazo ó de apertura de un nuevo camino. Si se parte del principio absoluto que pone la vía pública fuera del comercio, debe concluirse que el dominio público no puede ser desmembrado, ni, por consiguiente, gravado con una servidumbre. Pero esto es no tener para nada en cuenta el derecho de los ribereños. Como lo ha expresado muy bien el relator de la ley de 1842, M. Renouard, "la razón y la justicia jamás se avienen con estas tesis cómodas y parciales en las que triunfa la argumentación, y que, allí en donde existen dos principios, se ponen á sus anchas estableciéndose sobre uno solo y teniendo al otro como no presentado" (1). No discutimos el derecho del Estado, pero á su lado, está el derecho de los ribereños; el Estado puede suprimir las vistas y las salidas, si el interés de las comunicaciones lo exige, pero no puede hacerlo sin indemnizar á los ribereños.

La opinión contraria que no admite que los ribereños tengan un derecho de servidumbre en la vía pública y que, no obstante, les concede una indemnización, está demasiado embarazada para encontrar un fundamento para esta indemnización. Hay autores que reconocen un derecho á los ribereños, pero dicen que no es un derecho de servidumbre, que es un derecho *sui generis* (2). ¿Qué cosa es,

1 Renouard, Informe, en Dalloz, en la palabra "vía por tierra," título XLIV, p. 210

2 Féraud Giraud, "De las modificaciones en el derecho de propiedad," t. 2°, núms. 443 y 586, seguido por Dalloz, en la palabra *vía*

pues, ese derecho? ¿y de dónde nace? Es imposible definirlo y determinar sus caracteres. En el fondo, esta opinión no difiere de la nuestra sino por los términos. Nosotros admitimos también que los derechos de vista y de salida de los ribereños son servidumbres de una naturaleza especial; pero al menos decimos cuál es la naturaleza de estas servidumbres, y por qué no tienen ellas los caracteres de los derechos que se derivan de actos del hombre. Nuestra doctrina viene á parar en el mismo resultado práctico, pero nos parece más conforme con los principios. En cuanto á los autores que, á la vez que niegan que los ribereños tengan un derecho, les conceden una indemnización, son soberanamente inconsecuentes; basta leer á Pardessus para convencerse (1). El invoca la regla de equidad que á nadie permite que cambie de resolución en perjuicio de otro. ¡Singular argumento en labios de un jurisconsulto! La equidad se dirige al legislador, el intérprete no puede fundar en ella un derecho. Al que reclamara una indemnización á nombre de la equidad, la comuna ó el Estado contestaría: Yo uso de mi derecho y no lesiono ningún otro, luego á nadie hago mal. Los ribereños, agrega Pardessus, tienen en su favor á la más poderosa de las autoridades, la fe pública, porque fundados en ella es como han abierto vistas y salidas. Esto es; muy vago. Si la fe pública da un derecho á los ribereños, pueden entonces reclamar una indemnización, pero en este caso se vuelve á la opinión que estamos defendiendo. Más si los ribereños no tienen derecho, en vano apelarian á la fe pública, porque en ésta no se funda ninguna acción civil.

134. Hay todavía otras dificultades en esta materia. Todos conceden una indemnización á los ribereños. ¿Quiere

por tierra, núm. 122. En este sentido, Orleans, 5 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 217).

1 Pardessus, t. 1°, ps. 99 y siguientes, núm. 41.

decir esto que éstos tienen una propiedad de que no pueden ser privados por vía de expropiación por causa de utilidad pública? De antemano hemos contestado á la cuestión. Los ribereños no tienen más que un derecho imperfecto que no pone ningún obstáculo á la libre acción de la autoridad administrativa; ésta puede cambiar el estado de los lugares como lo juzgue conveniente, sin que se vea detenida por los derechos de los ribereños. Estos no tienen más que un recurso de indemnización. Tal es la jurisprudencia de la corte de casación de Francia; ésta ha fallado en varias ocasiones que si un camino comunal se suprime regularmente, esta supresión implica la extinción de los derechos de servidumbre que los ribereños tenían en el camino, salvo que la comuna los indemnice. La indemnización puede consistir en otro paso, ó en daños y perjuicios (1). Aquí otra vez hay algo que chocará á los partidarios de los principios absolutos: preguntarán cómo pueden extinguirse los derechos de servidumbre de los ribereños por la venta de la heredad gravada de servidumbre. Y es que el predio sirviente, en el presente caso, depende del dominio público; y los ribereños no tenían derecho en él sino porque este dominio estaba destinado al uso de las propiedades ribereñas; luego desde el momento en que el predio sirviente cesa de pertenecer al dominio público, cesa de servir; es decir, en otros términos, que las servidumbres se extinguen. Si á pesar de esto los ribereños tienen derecho á una indemnización, es porque tenían un derecho de servidumbre fundado en una convención tácita, convención que implica que la administración, á la vez que conserva el derecho de cambiar el estado de los lugares, no puede hacerlo sino indemnizando á los ribereños.

1 Sentencias de 15 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 334). y de 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1858, 1, 276).

135. La indemnización supone un derecho lesionado. Luego cuando los ribereños han llevado á cabo una empresa en la vía pública sin derecho alguno, por tolerancia, aun cuando fuese por medio de una concesión, no tienen derecho á ninguna indemnización (1). Aquí vuelve á presentarse en toda su fuerza el principio de que las vías públicas están fuera del comercio, la administración puede tolerar lo que le parezca compatible con las necesidades de la comunicación; pero desde el momento en que se producen algunos inconvenientes, ella tiene el derecho y el deber de suprimir las invasiones; ella usa de su derecho sin lastimar un derecho, luego no debe ninguna indemnización; aun cuando hubiese concedido una autorización formal, ella puede siempre revocarla, sin estar obligada á indemnizar al concesionario, porque tales concesiones no dan ningún derecho.

El recurso de indemnización es una acción de daños y perjuicios; y para que haya lugar á éstos, no basta que se haya violado un derecho, se necesita también que se cause algún perjuicio: ¿cómo pedir la reparación de un daño cuando ninguno se ha experimentado? La comuna construye un edificio en una plaza pública, con lo que amengua la perspectiva de los ribereños; ¿quiere decir esto que deba indemnizarlos? Esta es una cuestión de perjuicio, es decir de hecho. Si la plaza pública, aunque restringida, queda bastante grande para que los ribereños ejerzan en ella sus derechos de vista, no pueden quejarse; es el único derecho que les da la convención tácita en la que se basan las servidumbres que les pertenecen; pero esta misma convención reserva todos los derechos de la comuna; ésta no se ha obligado á mantener en la plaza pública la extensión que ella tenía al hacerse las construcciones; ella

1 Duranton, t. 1º, ps. 102 y siguientes, núm. 41.

no puede ser obligada á dar indemnización, cuando simplemente disminuye las ventajas de que disfrutaban los ribereños. Acerca de este punto estamos de acuerdo con Pardessus (1).

Siendo la indemnización una cuestión de daños y perjuicios, el tribunal podrá tomar en consideración la ventaja que resultará á los ribereños de los cambios de que se quejan. Esto sucederá muy á menudo en caso de alineamiento. Un ribereño construye ó reconstruye en virtud de un nuevo alineamiento que hace avanzar en la vía á todas las construcciones ribereñas. Provisionalmente los que no están todavía en el caso de reconstruir, sufrirán algún perjuicio de las construcciones por las cuales sus vistas serán más ó menos obscurecidas y sus salidas estorbadas. Pero esta desventaja estará compensada por una ventaja mayor que sacarán más tarde del alineamiento. En este caso, se ha fallado que los ribereños no tenían derecho á ninguna indemnización (2).

136. Queda por saber quién debe pagar esa indemnización. En principio, la comuna, por cuyos actos se suprimió la servidumbre. Ordinariamente la comuna, cuando rectifica ó suprime una calle, vende el terreno que cesa de servir para la circulación pública. Si el contrato de venta nada dice de las servidumbres de vista y de salida, se extinguirán como acabamos de decirlo; salvo el recurso de indemnización contra la comuna. El comprador no estará obligado, porque no puede estarlo sino en virtud de su contrato, y nosotros estamos suponiendo que el contrato guarda silencio (3). Si la comuna quiere ponerse al abri-

1 Pardessus, t. 1º, p. 102, núm. 41. Proudhon, *Del dominio público*, t. 1º, núms. 365 y 366.

2 Fallo del tribunal de Huy, de 20 de Febrero de 1862 ("Información de las tribunales de 1ª instancia," por Cloes y Bonjean, t. 11, p. 210), con las observaciones de Cloves.

3 Lieja, 9 de Marzo de 1864 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 352).

go de este recurso, debe estipular en la escritura de venta ó que el comprador estará obligado á sufrir el ejercicio de los derechos de vista y de salida (1), ó que estará obligado á pagar una indemnización. Esta última cláusula es la más jurídica, porque las servidumbres se extinguen de pleno derecho desde el instante en que la calle cesa de formar parte del dominio público.

137. La aplicación de los principios que acabamos de establecer presenta nuevas dificultades, y la jurisprudencia manifiesta cuanta incertidumbre queda aún en los principios mismos. Se construye un canal; la nueva vía navegable debe atravesar un dominio; el Estado compra los terrenos de grado en grado, y en la escritura de venta se estipula que el Estado ejecutará cuatro puentes en el canal, que el servicio de la propiedad tendrá lugar por las calzadas del canal y que se harán los barandales necesarios para hacer fácil la aproximación. Surgieron algunas disputas entre los propietarios del dominio y la administración sobre la extensión y el alcance de estas cláusulas. Ante la corte de casación, el prefecto actor sostuvo á nombre del Estado, que la convención y la sentencia de la corte que la extendía á toda la propiedad establecían servidumbres sobre algunas dependencias del dominio público. Era incontestable que había servidumbre, é igualmente era incontestable que el canal formaba parte del dominio público del Estado. ¿Qué resolvió la corte? Que no se trataba del dominio público antiguo y reconocido, cuyo carácter fuese incontestable; que el canal de Nivernais formaba una parte nueva y recientemente constituida del dominio público; que el dominio, objeto del litigio, había sido adquirido con condiciones impuestas y aceptadas por convenciones voluntarias y recíprocamente obligatorias. La corte concluyó que no había en el caso

1 Lieja, 12 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 358).

al debate, servidumbres constituidas sobre el dominio público, sino servidumbres convencionales (1). Sin duda que la servidumbre era convencional, pero ¿qué importa? ¿Por esto es menos cierto que gravaba el canal de Nivernais, y éste acaso no era una dependencia del dominio público? El canal estaba nuevamente construido; ¿y esto también, qué importa? ¿Se necesita que sea antigua una vía navegable para que pertenezca al dominio público? Estos motivos no se discuten; esta es una de esas decisiones que eluden las verdaderas dificultades, en lugar de abordarlas con franqueza. Había que decir: sí, esta es una servidumbre que una convención ha establecido en el dominio público. Ciertamente es que el canal no está en el comercio, pero el destino público del canal no impide que sea objeto de convenciones y de derechos que no pongan obstáculos á dicho destino; luego la servidumbre está legalmente constituida.

138. ¿Se puede tener una servidumbre en un paseo público? La cuestión ha sido negativamente resuelta por la corte de Poitiers, y Demolombe aprueba esa decisión. En la sentencia se dice que el paseo hacia el cual los ribereños habían abierto vistas estaba fuera del comercio, que el parque se destinaba al paseo y á fiestas públicas, que los ribereños no podían adquirir servidumbre en un terreno que estaba fuera del comercio, y el cual no tiene por destino procurar á los vecinos vistas y salidas (2). Creemos que la cuestión se ha planteado mal. Se trata de saber si un paseo ú otra dependencia cualquiera del dominio público puede gravarse con una servidumbre, cuando ésta no perjudica al destino de la cosa. Si se decide la cuestión afirmativamente, como lo hemos hecho, hay que examinar si de hecho las vistas de los vecinos impiden á

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 1, 515).

2 Poitiers, 31 de Enero de 1837 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 67). Demolombe, t. 12, p. 199, núm. 698.

los habitantes pasearse por el parque. Esto no es discutible. ¿Acaso los transeuntes que vagan por las calles y plazas no son vistos por los ribereños? ¿y esto les impide pasar y vagar? ¿Los que se pasean en un parque están impedidos de hacerlo porque los ven desde las casas contiguas? ¿No es para ser vistos por lo que un buen número de individuos se pasean en un parque? No insistimos; todos los que alguna vez hayan frecuentado un parque cualquiera serán de nuestro parecer.

139. Nuestra opinión ha sido consagrada por la corte de Nancy en un caso más serio. Los muros de las plazas de guerra forman parte del dominio público, luego están fuera del comercio. Ahora bien, el muro, objeto del litigio, se construyó en 1701, en virtud del tratado de Ríswick, para completar el recinto de la ciudad de Nancy; luego, por este título, estaba fuera del comercio; además, servía para asegurar la percepción de los derechos aduanales y la ejecución de las medidas de policía que la seguridad pública puede exigir. Sin embargo, un propietario practicó aberturas en el muro de la ciudad, y abrió luces en el muro de su casa, construido encima del de la ciudad; doble servidumbre, dice el tribunal de Nancy, contra la cual estaba reclamando el destino del muro. La corte de apelación resolvió que á la verdad el muro de la ciudad estaba fuera del comercio, pero que todo lo que de ello resultaba, era que el propietario de la casa contigua no podía llevar á cabo en él ninguna empresa contraria al destino de la cosa: tales eran evidentemente las aberturas que él había practicado en el muro de la ciudad. ¿Pero en qué estorbaban á los empleados de la aduana los muros abiertos en el propio muro del propietario? La defensa de la ciudad no entraba en consideración. Estas vistas, dice muy bien la corte, lejos de embarazar las medidas de policía y de vigilancia que el muro está destinado á

proteger, hacen por el contrario, más difícil el fraude. Era llegado, pues, el caso de aplicar el principio que permite construir servidumbres en una cosa del dominio público, con tal que no se pongan obstáculos al destino de la cosa (1).

140. Las iglesias, que tienen un destino público, están fuera del comercio, pertenecen al dominio municipal. Se ha fallado que los propietarios contiguos no podían adquirir la medianería del muro de la iglesia. La decisión es jurídica, con una restricción, no obstante; los términos de las sentencias son de tal modo generales que parece que proscriben toda especie de servidumbre en una iglesia (2). Esto es demasiado absoluto; hay que aplicar á las iglesias el principio general que rige á los bienes colocados fuera del comercio. Luego hay motivo para distinguir; si la servidumbre es incompatible con el servicio del culto, con el decoro que éste exige, no podrá establecerse, y á toda hora podrá pedirse la supresión. Pero si la servidumbre en nada estorba el destino de la iglesia, no hay razón para introducir una excepción de los principios generales: tal sería la servidumbre que consistiere en soportar el gravamen del vecino. Este es el parecer de Troplong, y creemos que es el bueno (3).

La corte de Gante ha aplicado el mismo principio á los cementerios. En tanto que éstos conserven su destino público, se hallan fuera del comercio. La corte hace constar, sin embargo, que en Flande existen pasos públicos para los transeuntes de á pie en casi todos los cementerios que rodean las iglesias de las comunas rurales. Y es que el paso no impide que el cementerio sirva para los sepe-

1 Nancy, 31 de Enero de 1858 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 76).

2 Tolosa, 13 de Mayo de 1831, y sentencia de casación, de 5 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 451). Compárese, Daloz, en la palabra *dominio público*, núms. 58 y 59.

3 Gante, 8 de Mayo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 175).

lios, porque no se hace ninguna inhumación en la parte reservada á los transeuntes (1).

141. No debe confundirse el dominio privado del Estado con el dominio público. El primero se halla en el comercio; luego puede estar gravado con servidumbres. Cosa notable, y que viene en apoyo de nuestra doctrina; en el antiguo derecho todas las partes del dominio del Estado tenían sobre sí la inalienabilidad, y por consiguiente eran imprescriptibles. Pero la inalienabilidad no impedía el establecimiento de servidumbres. Esto parece poco lógico y una derogación del rigor del derecho. A decir verdad, no había inconsecuencia, porque los motivos que han hecho que se establezca la inalienabilidad del dominio de la corona, nada tienen de común con las servidumbres. Según nuestro derecho moderno, los bienes del Estado son enagenables y prescriptibles; luego también están sometidos al derecho común en materia de servidumbres. Se ha fallado, por aplicación del principio, que el derecho de paso por causa de enclave puede adquirirse por prescripción en un inmueble dependiente del dominio privado del Estado (2). Más adelante examinaremos si dicho paso puede adquirirse por prescripción. Se ha fallado también, conforme al mismo principio, que el art. 671 se aplica á los bosques del Estado como á los de los particulares (3). Más adelante volveremos á ocuparnos de esta disposición.

142. El art. 637 dice que los dos predios deben pertenecer á propietarios diferentes. Esta es la aplicación del viejo proverbio que nadie puede tener servidumbre en su cosa propia. El propietario de dos predios puede muy bien hacer servir uno de los predios para el otro, pero es-

1 Troplong, *De la prescripción*, núm. 173. En sentido contrario, Daloz, en la palabra *dominio público*, núm. 59.

2 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 5).

3 Sentencia de casación, de 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 89). Compárese el tomo 8º de esta obra, núm. 93.

te uso es el ejercicio de su propiedad: esto es el de la libertad y no un derecho de servidumbre. Más adelante veremos con qué condiciones puede una servidumbre nacer de este destino del padre de familia.

143. ¿Las dos heredades deben ser contiguas? Hay leyes romanas que parece que exigen la contigüidad, á la vez que admiten algunas excepciones á la regla. Duranton ha reproducido esta doctrina (1); supuesto que, dice él, se establecen las servidumbres para utilidad de los predios, se necesita, para que pueda alcanzarse tal objeto, que las heredades sean contiguas. Dumoulin, al contrario, sostenía que esta opinión era errónea (2), y su parecer es el que implícitamente han consagrado los autores del código civil. El art. 637, en el proyecto adoptado por el consejo de Estado, establecía que las heredades debían ser *vecinas*. El Tribunado propuso que se suprimiera la palabra *vecinos*. "Puede haber, decía el Tribunado heredades intermedias entre la heredad á la que es debida la servidumbre y aquella que la debe." Se lee en el informe rendido al Tribunado por Albisson, que "la condición de vecindad no es de tal manera esencial, que sea indispensable en una buena definición (3).

Resulta de aquí que la *contigüidad* no es una condición requerida para la validez de la servidumbre. Se concibe, en efecto, que un predio no contiguo pueda prestar un servicio á otro predio. Dos predios no son contiguos cuando están separados por un predio intermedio; ahora bien, la existencia de este último, puede que no sea un obstáculo para el ejercicio de la servidumbre: tal sería un cami-

1 Tal es la teoría romana: los jurisconsultos exigen la *vecindad* pero no la *contigüidad* (Elvers, *Die Servitutenehre*, p. 166, pfo. 18).

2 Duranton, t. 5º, p. 491, núm. 454. Dumoulin, "Tractatus de dividuis et individuis," 3ª parte, núm. 359, t. 3º, p. 252)

3 Observaciones del Tribunado, núm. 1 (Loché, t. 4º, p. 173), Informe de Albisson, núm. 3 (*ibid.*, p. 183).

no público, ó el obstáculo puede ser nada más parcial ó temporal. Se ve que la cuestión es de hecho más bien que de derecho. Sucede lo mismo con la *vecindad*. En general, los predios deben ser vecinos para que uno traiga ventaja al otro. ¿Puedo estipular el derecho de tomar agua de una fuente, cuando no tengo predio en las cercanías de la fuente? La servidumbre sería inútil para mí, y las servidumbres sólo se han establecido para utilidad de las heredades. Sin embargo, el Tribunado tuvo razón en no considerar la vecindad como una condición esencial del establecimiento de las servidumbres. Puede suceder, en efecto, que por lejos uno de otro que estén los predios, el gravamen impuesto á uno de ellos procure una utilidad al otro. El derecho de tomar agua, aunque sea á mucha distancia, puede ser de gran utilidad, si en las cercanías no la hay. El legislador ha hecho bien en atenerse en este particular á las partes interesadas; ellas se cuidarán de estipular, es decir, de pagar derechos inútiles. Por este motivo es por lo que no insistimos en cuestiones que se discuten en la escuela y que se ignoran en la práctica (1).

Núm 2. Un gravamen ó un servicio.

144. El art. 686 dice que la servidumbre debe establecerse para *un predio*, lo que significa, según el art. 637, que se impone un gravamen á una heredad para el *uso* y *utilidad* de otra. Este es un carácter esencial de la servidumbre; si el legislador ha admitido estas restricciones al derecho de propiedad, es porque procuran una ventaja á otro predio: el uno se disminuye, el otro se aumenta. La heredad dominante es la que debe adquirir esta mejora, y no porque un predio pueda ejercer un derecho; pero

1 Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 63, notas 11-12 y las autoridades allí citadas.