

consuetudinario, y no mantenidas por los códigos civil y rural, quedan abolidas. Hemos dicho servidumbres de *utilidad privada*, y no servidumbres de *utilidad pública*. Sábese que la ley del 30 ventoso, año XII, abroga las costumbres generales ó locales en las materias que son objeto del código civil; es así que las servidumbres legales de interés privado están tratadas en el código; luego todo el derecho anterior queda abrogado; la única excepción es para las servidumbres rurales, para las cuales el art. 652 remite expresamente á las leyes sobre policía rural. No pasa lo mismo con las servidumbres legales de *interés público*; el código no se ocupa de ellas, luego no hay lugar á aplicar el principio especial de abrogación establecido por la ley del mes ventoso. Síguese de aquí que las antiguas leyes continúan vigentes, á menos que una ley posterior las haya derogado.

Por aplicación de este principio se ha fallado (1) que las servidumbres consuetudinarias han sido abrogadas por el código civil, desde la publicación del título de las *Servidumbres*, aun cuando hubiesen sido objeto de una instancia pendiente al publicarse el código; no hay derecho adquirido contra la utilidad pública (2).

En el antiguo derecho los propietarios de ulleras ejercían una servidumbre en los fundos de sus vecinos, en ellos extendían el carbón de piedra en el momento de la extracción para ponerlo á secar. Un fallo pronunciado por el tribunal de Amiens había mandado este derecho. El fallo fué casado en interés de la ley. En efecto, esta servidumbre abusiva no ha sido conservada ni por el código Napoleón, ni por el código rural; luego está abrogada (3).

1 Sentencia de denegada apelación, de 4 termidor, año XIII (Daloz, *Servidumbre*, núm. 61).

2 Véase el tomo 1.º de esta obra, núms. 153, 160 y 161.

3 Sentencia de casación, de 21 de Abril de 1813 (Daloz, *Minas*, núm. 719):

SECCION II.—*De las servidumbres legales de utilidad pública* (1).

§ I.—ENUMERACION.

Núm. I. *De la calzada.*

459. La ordenanza de aguas y selvas de 1669 dice (título XXVIII, art. 7): “Los propietarios de las heredades que terminan en ríos navegables dejarán á lo largo de las orillas por lo menos 24 piés de espacio, en anchura, para camino real y tiro de caballos; sin que dichos propietarios puedan plantar árboles, ni tener cotos ó setos más cerca de 30 piés del lado en que los barcos son remolcados, y 10 piés por la otra orilla, bajo pena de 500 libras de multa, confiscación de los árboles, y de que los contratadores sean sentenciados á reparar y volver á poner los caminos en su estado y á sus expensas.” Resulta de este texto que las dos orillas de los ríos navegables están gravadas con una servidumbre en interés de la navegación; y que este camino es en las dos orillas de 24 piés de ancho; pero en aquella de las dos orillas que sirve para el tiro de caballos, la prohibición de plantar y de edificar se extiende á 30 piés, mientras que se restringe á 10 en la otra orilla. De aquí la distinción que se establece entre la senda de tiro y la calzada, la primera que sirve á los caballos que remolcan ó tiran de las barcas río arriba, y la segunda destinada especialmente á los transeuntes de á pie, pero que también facilita el salvamento de trenes y balsas. El código no observa esta terminología; en el art. 556, dice que los ribereños de los ríos navegables aprovechan el aluvión, con la carga de dejar la calzada ó camino de tiro conforme á los reglamentos; y el art. 650 sólo habla de la

1 Jousselin, “Tratado de las servidumbres de utilidad pública,” 2 vol. in-8º, 1850.

calzada, que los propietarios deben dejar á lo largo de los ríos navegables ó flotables, comprendiendo bajo el nombre de *calzada* el camino de tiro y la calzada propiamente dicha. Y es que en el art. 650 se trata únicamente de los ríos navegles, pero también de los flotables; y en éstos no hay senda para tiro de caballos, sólo hay una calzada, porque los acarreos de madera, jamás remontan la corriente, por lo que no necesitan ser remolcados. En Francia, ésta diferencia entre los ríos navegables y los flotables ha sido consagrada por la ley de 15 de Abril de 1829 sobre la pesca fluvial (art. 35).

460. Como la extensión de la servidumbre difiere según que se trate de la senda de tiro ó de la calzada, es importante saber quién es el que tiene derecho para señalar la orilla en la cual se haga la maniobra de tirar de las embarcaciones. Claro es que este derecho pertenece á la administración; pero si no hay acto reglamentario ¿deberá inferirse que no habrá servidumbre? Ciertamente que nó, por más que esto se haya sostenido y fallado. La necesidad es la que ha introducido esta servidumbre, puesto que sin la carga que pesa sobre los predios ribereños, no sería posible la navegación. Existía antes de la ordenanza de 1669 que no ha hecho más que reglamentarla, y existía en Bélgica antes de que se publicara esta ordenanza en nuestras provincias. Luego había una calzada ó senda de tiro; si la administración no ha dado ningún reglamento á este respecto, es porque la servidumbre, tal como se practicaba, le ha parecido suficiente; ella la ha aprobado tácitamente, y esta aprobación es suficiente para que los tribunales apliquen las disposiciones de la ordenanza de 1669 (1).

¿Quiere decir esto que no pueda cambiarse tal estado de

1 Bruselas, 23 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 12). Cómparese, Prounhon, "Del dominio público," t. 3º, núm. 772.

cosas, si así lo exige el interés de la navegación? La ordenanza de 1669 establece el derecho; por el hecho solo de su publicación en Bélgica, las antiguas ordenanzas que regían esta [materia han sido abrogadas; de derecho, los propietarios ribereños han sido gravados con la servidumbre tal como la define la ordenanza, salvo que la administración la restrinja, si así lo juzga conveniente; pero estas restricciones consentidas ó toleradas en nada disminuyen el derecho del gobierno, que puede á toda hora exigir la ejecución estricta de la ordenanza; luego puede trasladar la senda de tiro de una orilla á la otra. Y si los barqueros lo hacen con el asentimiento expreso ó tácito de la autoridad administrativa, los ribereños no pueden oponerse, ni reclamar una indemnización; sus heredades están sometidas á la servidumbre de tiro (1) sin que por este capítulo tengan derecho á ninguna indemnización.

461. La servidumbre de calzada tiene por efecto que los ribereños no pueden hacer ninguna plantación ni construcción en la extensión que ella abarca. Si plantan y construyen, con la autorización de la administración, ó por lo menos con su consentimiento, no resulta para ellos ningún derecho, porque las autorizaciones que otorga la administración son esencialmente revocables, no son más que una tolerancia temporal; y con mayor razón es así respecto de su consentimiento tácito. Síguese de aquí una consecuencia importante, en caso de expropiación por causa de utilidad pública; ninguna cuenta se les lleva á los ribereños expropiados del valor de las construcciones ó plantaciones, porque la demolición se habría ordenado sin indemnización. Sólo hay una dificultad respecto á la distancia. La ordenanza de 1669 no se publicó en Belgica

1 Gante, dos sentencias de 3 de Junio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 322). Bruselas, 12 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1816, p. 466).

sino hasta el 24 de Mayo 1805; ¿debe inferirse de esto que los trabajos ejecutados anteriormente por los ribereños lo fueron legalmente, y que, en consecuencia, los ribereños tienen derecho á una indemnización? La cuestión debe resolverse según la legislación de la época á la que se remontan los trabajos. En Bélgica había ordenanzas análogas á la de 1699: tal era el cartel de 12 de Junio de 1780 expedido para el río Dendre. Si los trabajos datan de una época en que ninguna ley fijaba los límites de la servidumbre de calzada, permanécese dentro del derecho común: los ribereños tendrán derecho á una indemnización (1).

462. El código civil califica la calzada de servidumbre. Se ha sostenido que las orillas de los ríos navegables pertenecen al dominio público. Hay en la ordenanza de 1669 una expresión que parece favorecer esa pretensión; el artículo que hemos transcrito (núm. 459), dice que los ribereños deben dejar en sus propiedades 24 piés para *camino real y tiro de caballos*; si se trata de un *camino real*, se dice forma parte del dominio público. Pero no es ese el sentido de la ordenanza; ella quiere significar que es un camino real destinado al tiro y á la circulación de los bateleros. El código civil no deja duda alguna acerca de este punto. Acabamos de citar el art. 650; el 556 es igualmente decisivo, porque atribuye el aluvión á los ribereños porque son propietarios de la ribera. Sus fundos están gravados únicamente con una servidumbre, y todavía hay que agregar que esta servidumbre tiene un objeto especial, el interés de la navegación. Toda servidumbre es de estricta interpretación; luego hay que limitar la de calzada á las necesidades de la navegación. Síguese de aquí que los ribereños no están obligados á sufrir el descargue de mercancías, ni la circulación de carros y coches.

1 Gante, 17 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 52), 29 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 387), y 3 de Junio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 327).

Núm. 2. Servidumbres de vía pública.

463. El art. 650 coloca entre las servidumbres de utilidad pública las que tienen por objeto "la construcción ó la reparación de los caminos y otras obras públicas ó municipales." Esto es tan vago que bien á bien no se sabe de cuáles servidumbres quiere hablar el legislador. Generalmente no se cita más que la disposición del código rural de 1791, concebida en estos términos (tít. I, sec. VI, artículo 1^o): "Los agentes de la administración no podrán hacer excavaciones en un campo para buscar piedras, tierra ó arena, necesarias al sostenimiento de los caminos reales ú otras obras públicas, sino es que previamente le hayan avisado al propietario, y que éste sea justamente indemnizado en lo amistoso ó al dicho de peritos." Esta disposición la ha reproducido la ley de 17 de Septiembre de 1807, pero con algunas modificaciones que han dado margen á litigios; el art. 55 dice: "Los terrenos *ocupados* para tomar los materiales necesarios para los caminos y para las construcciones públicas podrán pagarse á los propietarios como si se hubiesen tomado para el camino mismo. No había lugar á hacer entrar en la estimación el valor de los materiales por extraer, sino en el caso en que se apoderan de una cantera ya en explotación; entonces dichos materiales se valuarán según su precio corriente, haciendo abstracción de la existencia y de las necesidades del camino para el cual se tomaren, ó de las construcciones á que se les destina."

La *ocupación* de que habla la ley de 1807 no es una expropiación, como se ha pretendido. *Ocupar* no quiere decir expropiar; esta palabra implica una posesión provisional del terreno que es excavado por los agentes de la administración. El espíritu de la ley no deja duda alguna acerca de este punto. Si se tratara de una expropiación, sería

inútil el art. 55, puesto que el derecho de expropiación está regido por leyes especiales, ó derogaría estas leyes y la derogación sería de tal manera grave que sería injuriar al legislador admitir semejante interpretación como dice muy bien una sentencia de la corte de Bruselas. La ley de 1807, lo mismo que la de 91, no establecen, pues, más que una servidumbre; pero esta servidumbre legal difiere de las demás servidumbres de utilidad pública. Generalmente, estas servidumbres no dan lugar á una indemnización, mientras que ésta sí da derecho á una indemnización. La razón es muy sencilla: las excavaciones tienen por último resultado la extracción de materiales necesarios; luego la administración se apodera de cosas mobiliarias que están en el dominio de un particular; en este sentido, hay expropiación, y por lo tanto, la administración debe indemnizar al propietario; le concede, además, una indemnización por la ocupación de su terreno; porque lo priva del goce de su propiedad mientras dura la ocupación.

Los términos generales del art. 650 comprenden, además, otra especie de servidumbre que se liga con los trabajos públicos. Antes de expropiar, es preciso saber qué terrenos serán necesarios para la construcción de la ruta, del canal ó del camino de fierro. Con tal objeto, los ingenieros recorren los predios, levantan planos, proceden á la nivelación de los trazos. ¿Pueden penetrar á las propiedades particulares, ocuparlas temporalmente, derribar los árboles que los embaracen en sus operaciones? La cuestión se presentó ante la corte de Bruselas que declaró *ilícitos* tales actos. A recurso de casación, la corte resolvió que el gobierno, autorizado para ejecutar ciertos trabajos de utilidad pública, tenía, por esto mismo, el derecho de ejecutar todos los actos preliminares, sin los cuales sería imposible la ejecución de los trabajos, salvo

el reparar el daño causado (1). Esta resolución debe entenderse á los concesionarios, supuesto que ocupan el lugar del Estado.

464. La ley de de 9 ventoso, año XIII, obligaba á los ribereños á plantar árboles de bosque ó frutales en los grandes caminos no plantados y en los caminos vecinales; les concedía la propiedades de los árboles, con obligación de no cortarlos, derribarlos ó arrancarlos sin una autorización dada por la administración y con la condición de reemplazarlos. En el decreto de 16 de Diciembre de 1811, que es como el código de las vías públicas, hay todavía varias disposiciones relativas á la plantación de los caminos.

Hay también restricciones á la propiedad en cuanto á las plantaciones que los ribereños hacen á los bordes de los caminos. Los reglamentos expedidos por los consejos provinciales pueden fijar la altura de los sitios. Es incontestable que la vía pública entra en las atribuciones de las autoridades provinciales. La ley de 6 de Octubre de 1791 confiaba ya la vía pública vecinal á los departamentos (tít. I, sec. VI, art. 3). Hay, sin embargo, una dificultad en nuestro derecho público; éste pone una restricción al poder de las autoridades provinciales y comunales, las cuales no pueden decretar sobre objetos que ya han sido reglamentados por leyes ó acuerdos reales.

Ahora bien, se ha dicho, el código civil determina la distancia á la cual se permite plantar setos en el límite separativo de las heredades, art. 671, y la ley de 9 ventoso, año XIII, art. 7, fija esta distancia para los ribereños de los caminos vecinales. Si las ramas salen de la línea separativa de las dos heredades, el vecino puede exi-

1 Sentencia de casación, de 2 de Julio de 1838 *Pasicrisia*, 1838, 1, 336).

gir que se corten (cód. civ, art. 672). He aquí una legislación completa, luego todo lo que añadan los reglamentos, tiene que ser ilegal. La corte de casación contesta, y es perentoria su respuesta, que ninguna ley determina la altura de los setos que limitan los caminos públicos; que, por lo mismo los consejos provinciales pueden normar esta materia. En efecto, no basta que exista una ley sobre ciertas partes de una materia de policía local para que las autoridades provinciales no puedan ya reglamentarla; la ley de 10 de Abril de 1841 sobre caminos vecinales prueba lo contrario, supuesto que, á la vez que asienta algunos principios generales sobre esta materia, permite á los consejos provinciales que estatuyan sobre puntos de que ella no se ha ocupado, art. 32. Es verdad que de ello resultará una servidumbre á cargo de los ribereños, y una servidumbre sin indemnización, pero tal es la condición general de las propiedades que están á la orilla de los caminos públicos; si tienen gravámenes, tienen también ventajas. En vano se diría que no puede haber servidumbre *legal* sin ley; los reglamentos provinciales hacen veces de leyes, y el art. 544 permite que se impongan restricciones á la propiedad, es decir, que se establezcan servidumbres por medio de leyes y de reglamentos.

465. Cuando un camino se ha hecho impracticable, ¿los ribereños están obligados á sufrir el tránsito por sus tierras? El derecho romano establecía ya esta servidumbre, que es más que de utilidad pública, puesto que la fuerza de las cosas somete á ella á las heredades ribereñas (1). Está implícitamente consagrada por el código rural de 91 (tít. II, art. 41), que á este respecto contiene la siguiente disposición: "Todo viajero que aporille la cerca de un campo para abrirse paso pagará el daño que hace al propieta-

1 L. 14, pfo. 1, D., quemadm. Servit. amitt" (VII 4): "Cum vía pública ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet."

rio, á menos que el juez de paz del cantón resuelva que el camino era impracticable, porque entonces el daño y los gastos de acotación son á cargo de la comunidad." Hay lugar á indemnización en este caso, no por el que hace uso del paso, sino por el que, por su negligencia, ha hecho impracticable el camino; esto no es más que la aplicación del principio que rige el cuasi-delito (art. 1382). Hay, además, pasos que son de utilidad pública á la vez que de interés privado. El código rural permite al propietario de un ejambre de abejas que lo persiga en el fundo en donde se ha posado. Se admite también que el propietario de objetos arrebatados por las aguas puede para sacarlos, entrar al fundo donde han sido arrastrados. Este último punto es dudoso, porque no hay ley, pues el texto del Digesto que se cita no tiene ya fuerza obligatoria (1).

466. Según los términos de la ley de 16 de Septiembre de 1807 (arts. 50 y siguientes), los propietarios no pueden levantar ó reedificar, ó aun reparar construcciones contiguas á la vía pública, sin haber obtenido el alineamiento, y aun están obligados á hacer retroceder sus construcciones conforme á los planos decretados por la administración. El alineamiento pedido por el ribereño y concedido por la autoridad local implica una especie de contrato que da á los propietarios las ventajas que asegura la vía pública, pero los somete también á todas las cargas que trae consigo esa situación. Así es que los ribereños adquieren los derechos de salida y de vistas, el derecho de desaguar las aguas pluviales y las de los usos domésticos. En cambio, están obligados á soportar ciertas cargas que imponen las necesidades de la policía y de una buena administración: tales son los términos de una sentencia de la corte de casación de Bruselas. Así, dice la corte, la autoridad

1 L. 8, D., de incend (XLVII, 9).