

la cuestión de propiedad con la de servidumbre. Puede haber desagüe á título de servidumbre tanto como á título de propiedad. De hecho estas cuestiones son á menudo muy dudosas; en derecho, no hay duda alguna.

§ VII.—DE LA SERVIDUMBRE DE ENCLAVE.

73. El art. 682 establece: "el propietario cuyos fundos estén enclavados, y que no tienen ninguna salida para la vía pública, puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos para la explotación de su heredad." Esta disposición establece una verdadera servidumbre de paso, que no difiere sino por el origen de la servidumbre de paso constituida por título. Ella existe an virtud de la ley, independientemente de todo convenio. Es cierto que la ley dice que el propietario enclavado puede *reclamar* un paso por los fundos vecinos. De aquí se ha inferido que el establecimiento de esta servidumbre era una especie de expropiación, la cual no existe sino cuando el propietario se ve privado de su propiedad por un fallo ó por un convenio (1). Esta interpretación está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Hay expropiación según el art. 545, cuando un propietario vese forzado á ceder su propiedad por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización. Ahora bien, el propietario del predio que debe procurar el paso en caso de enclave conserva la propiedad del terreno al través del cual se ejerce el paso; luego no está privado de su propiedad, sino que únicamente se le impone una servidumbre. Y en el sistema del código el establecimiento de una servidumbre no se considera como una expropiación aunque esté creada por interés público, tales son las servidumbres milita-

1 Valette, según Mourlon, t. 1º, ps. 800 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 115, núm. 635; Duranton, t. 5º, pág. 467, núm. 426.

res para las cuales la ley ni siquiera da indemnización; prueba clara de que no hay expropiación en el sentido legal de la expresión. En caso de enclave, hay también una especie de utilidad pública. "Es de derecho natural, dice Domat, que una heredad no permanezca inútil." Bourjon dice que el bien público es la ley suprema (1). Pero no es al Estado ni por las necesidades públicas por lo que la servidumbre se otorga (2); esto basta para excluir la expropiación que lleva el nombre de expropiación por causa de utilidad pública. Si la ley quiere que el propietario gravado con el paso reciba una indemnización, es porque la servidumbre se constituye por interés de un particular y le aprovecha.

Así, pues, la servidumbre existe en virtud de la ley, es decir, de pleno derecho. Se han invocado en favor de esta opinión las antiguas costumbres. Coquille dice que la costumbre permite tomar, pues, por la heredad del vecino; y la costumbre de Malinas dice que el predio enclavado *debe tener* una salida (3). Pero Bourjon se expresa en un sentido contrario; según él, el propietario enclavado tiene acción contra el vecino "para obligarlo á dejarle un paso". Llama á esto una "venta forzada," lo que responde precisamente á la teoría que hemos combatido. Así, pues, la tradición es dudosa. Pero el espíritu de la ley no deja duda alguna. Berlier dice en la exposición de motivos que el propietario que procura el paso debe ser indemnizado, y que el que lo "toma" debe emplearlo de modo que cause al otro el menor daño posible (4). Esta es la

1 Domat, "Leyes civiles, lib. 1, tít. 21, sec. 1, núm. 10. Bourjon, "el Derecho común de Francia," t. 2º, p. 9, lib. IV, tít. I, parte II, cap. I, núm. 1.

2 Así lo ha fallado la corte de Lieja, 12 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839 2, 108).

3 Faider, Requisitoria (*Pasicrisia*, 1839, 1, 310).

4 Berlier, Exposición de motivos, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 182).

expresión de Coquille, que supone la existencia de una servidumbre. La servidumbre la establece la ley, luego no se necesita acción. Volveremos á tratar este punto en los núms. 97 y 106.

Núm. 1. Condiciones.

I. ¿Quién puede reclamar el paso?

74. El art. 682 dice que el "propietario" enclavado puede reclamar un paso por los predios vecinos. ¿Quiere decir esto que el propietario solo tenga tal derecho? Se podría sostener esto invocando los principios que rigen las servidumbres convencionales. El propietario es el único que tiene calidad para estipular una servidumbre, porque él solo es el representante legal del predio. Ahora bien, en caso de enclave, se trata también de adquirir una servidumbre, lo que parece decidir la cuestión. Hay, sin embargo, una diferencia considerable. El propietario enclavado no estipula nada, "reclama," dice el código. La ley establece el paso, y por esto se le coloca entre las servidumbres legales. El art. 682 añade que el paso se concede para la explotación de la heredad. Debe inferirse de aquí que todos los que tienen un derecho en el predio, el usufructuario, el enfiteuta, el superficiario, pueden pedir el paso si están enclavados. Ellos tienen derecho de reclamar, á nombre del predio, un derecho que la ley establece por interés de la explotación, puesto que en virtud del derecho real que les pertenece, tienen el mismo derecho de goce que el propietario (1). Hay que hacer, sin embargo, una reserva, así como vamos á decirlo.

75. Una sentencia de la corte de Amiens va más lejos: decide que el arrendatario podría reclamar el paso en ca-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 25 y nota 3, y los autores que citan

so de enclave, para hacer valer el predio que explota (1). Esto es contrario á los principios que rigen el arrendamiento. El arrendatario no tiene derecho en la heredad y ninguna calidad tiene para hablar en su nombre. No es él el que debería pagar la indemnización, luego no es él el que promueve; no tiene acción sino contra el arrendador, que está obligado á hacerlo disfrutar. En vano se diría que la servidumbre existe en virtud de la ley, y que la cuestión no es establecerla, sino ejercerla; nosotros contestamos que para que pueda ejercerse, se necesita fijar el sitio por el cual se practicará el paso, así como el monto de la indemnización. El arrendatario no tiene ninguna calidad para arreglar el ejercicio de una servidumbre, porque no puede estipular á nombre del predio; tampoco puede consentir una indemnización que él no debe pagar. Aquellos mismos que tienen un derecho real en la cosa no pueden, en todo, representar al propietario. La indemnización es un gravamen que pesa á la vez sobre el nudo propietario y sobre el usufructuario; luego se necesita que el nudo propietario tome parte en el arreglo de la indemnización.

II. Del enclave.

76. ¿Cuándo hay enclave? El art. 682 lo dice: cuando "el propietario no tiene ninguna salida hacia la via pública." Parece resultar del texto de la ley que es precisa una absoluta urgencia para que un propietario enclavado pueda pedir un paso por los predios de sus vecinos, es decir, una imposibilidad absoluta de procurarse una salida por los propios predios. Tal parece ser también el espíritu de la ley. En efecto, la servidumbre que ésta impone á los predios vecinos es una restricción forzosa del derecho de propiedad, y se la ha comparado con una expropiación

1 Amiens, 25 de Mayo de 1813 (Delloz, *Servidumbre*, núm. 847.)

parcial; ahora bien, la expropiación, cuando se pronuncia por interés de un propietario, es una excepción, una derogación del derecho común, y por tanto, es de la más estricta interpretación. Hay autores y sentencias que se pronuncian por este concepto. Pardessus habla de una necesidad absoluta; la corte de Besançon exige una absoluta imposibilidad (1). Este sistema severo ha sido formulado por la corte de Rouen en los siguientes términos: "Conforme á la ley, de acuerdo con la razón y la equidad; el paso forzado por una heredad contigua no debe tener lugar sino en el caso de "imposibilidad física" de llegar al predio enclavado; por lo mismo, se necesita, para concederlo, que haya necesidad absoluta. Por penosa, por prolongada que sea una salida hacia la vía pública, hace desaparecer la obligación de paso forzoso por las propiedades vecinas" (2).

La corte de casación ha condenado esta rigurosa interpretación. La corte de Tolosa había fallado "que era suficiente, en derecho, para que no fuese necesaria la servidumbre, que hubiese una salida, por estrecha y peligrosa que pudiera ser." La decisión fué casada como contraria á la ley, que quiere que la salida sea suficiente para la explotación de la heredad (3). Así es que la cuestión se vuelve de hecho, al juez corresponde ver, en cada caso, si el propietario que reclama el paso tiene ó nó una salida suficiente. Esta interpretación está más en armonía con el espíritu de la ley. Es cierto que la expropiación es un ataque al derecho de propiedad. Pero se hace mal en considerar este derecho como absoluto, porque recibe muchas limitaciones por interés de buena vecindad, sin que

1 Pardessus, t. 1^o, p. 493, núm. 218. Besançon, 23 de Mayo de 1828 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 1^o.)

2 Rouen, 16 de Junio de 1853 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 4^o)

3 Sentencia de denegada apelación, 10 de Febrero de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 886).

pueda decirse que esas restricciones se funden en una necesidad absoluta. Aun habiendo verdadera expropiación, la ley se contenta con la "utilidad pública:" ¿por qué había de ser más severa para una simple servidumbre de paso? Es cierto que se ha establecido por interés de un particular, pero tiene también un interés general, el de la explotación de los predios. No quiera decir esto que el propietario pueda reclamar un paso, á título de enclave, para su comodidad ó ventaja particular: existe un interés igual para los vecinos en no conceder el paso, y la ley no sacrifica el interés de uno por el de otro. Esto equivaldría á desviarse del texto, y si no se le debe exagerar con una excesiva severidad, tampoco debe salirse de él por una indulgencia que para favorecer al propietario enclavado, perjudicaría á sus vecinos. Así, pues, tienen que conciliarse varios intereses, y esto es lo que ha hecho la jurisprudencia con una prudente moderación.

76 bis. El art. 682 ha dado margen, además, á otra dificultad ¿Qué es lo que debe entenderse por las expresiones "vía pública?" Si el propietario tiene salida hacia un "sendero" ¿podrá decirse que está enclavado, porque dicho sendero no es un camino? Ciertamente que nó. La ley no exige que la "vía pública" sea un camino del Estado, de la provincia ó de la comuna. Es suficiente que la vía sea pública, es decir, que sirva para el uso de los ribereños. Síguese de aquí que los propietarios enclavados pueden reclamar un paso que dé hacia un sendero, porque dicho paso vendrá á terminar en una vía pública (1). La cosa es tan evidente que creemos inútil insistir.

77. Existe una salida, pero no es legal, es decir, que no da al propietario enclavado el derecho de pasar, ¿podrá pedir un paso? El caso se presenta cuando el predio viene

1 Sentencia de casación, de la corte de casación de Bélgica, 8 de Agosto de 1844 *Pasicrisia*, 1844, 1, 217).

á terminar en una ruta de desembarcadero. En efecto, este camino tiene un destino especial, el de la navegación; los tribunales ni siquiera podrían conceder un paso por la calzada la cual se destina exclusivamente á los navegantes, porque se embarazaría el servicio público si los vecinos pudieran pasar por ahí (1). Hay más: la administración de los dominios no podría, en una escritura de venta, conceder un paso por el camino de desembarque. La corte de Bruselas ha fallado que esto no se presumiría fácilmente (2). Esto no es decir lo bastante. La administración no tiene derecho de disponer del terreno que sirve de calzada; fuera del servicio de la navegación, este terreno es una propiedad particular de la que sólo el dueño dispone. En cuanto á la servidumbre de calzada, tiene un destino especial; no puede extenderse á otro servicio que al de la navegación para el cual se ha establecido.

¿Qué debe decidirse si el propietario enclavado tiene una salida de simple tolerancia? Se ha fallado que él no podía reclamar un paso, por todo el tiempo que no se le disputase el paso. En vano se diría que de uno á otro día, podría cesar la tolerancia. La corte de casación contesta que los magistrados no tienen que resolver sino acerca del estado actual de las cosas; cuando al propietario enclavado se le prohíba la facultad de pasar, será cuando los tribunales tengan que examinar cuál de los dos vecinos deberá otorgar el paso (3). Hay en esto una excepción de no recibir fundada en la falta de interés.

78. El propietario tiene una salida legal hacia un camino público; pero éste es destruido, es invadido por el desbordamiento de un río. Hay enclave en este caso, pero

1 Burdeos, 15 de Enero de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 822). Aubry y Rau, t. 3º, p. 26 y rota 7).

2 Bruselas, 23 de Diciembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 86).

3 Sentencia de denegada apelación, 30 de Abril de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 855).

temporal, y el paso es de derecho por los predios ribereños (1). Los propietarios por cuyos fundos se efectúa este paso de necesidad, no tienen que reclamar ninguna indemnización contra los transeuntes; deben proceder contra la comuna, si se trata de un camino vecinal ó contra el Estado, si se trata de un camino público. Puede haber culpa, negligencia por parte de la administración, luego hay lugar á responsabilidad y á daños y perjuicios. Síguese de aquí, que no se puede pedir un paso, por causa de enclave, si hay un camino, y si éste se halla en mal estado. Los propietarios interesados deben dirigirse á la comuna ó al Estado; no podría haber motivo al enclave, cuando existe un camino, por más que se halle en mal estado (2).

79. Hay una salida, pero es peligrosa, con lo que basta para que el propietario que no tiene otra pueda reclamar un paso por los predios vecinos. La corte de casación ha formulado este principio en los más amplios términos: "existe enclave, dice ella, cuando no se puede tener acceso á la vía pública sin graves inconvenientes" (3). Al juez atañe resolver cuándo es grave el inconveniente. La cuestión se presenta muy á menudo cuando el propietario que reclama un paso tiene una salida por agua. Si se trata de un río navegable, y la navegación es peligrosa, casi no hay duda; semejante vía no podría considerarse como suficiente. La corte de Rouen falló que la navegación del Sena presenta tales riesgos en las cercanías de aquella ciudad, que las dificultades para comunicarse equivalen hasta cierto punto á una imposibilidad física (4). La cor-

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Agosto de 1835 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 823). Compárese el t. 7º de esta obra, número 465.

2 Sentencia de denegada apelación, 11 de Junio de 1866 (Daloz, 1867, 1, 10).

3 Sentencia de denegada apelación, 1º de Abril de 1857 (Daloz, 1857, 1, 164).

4 Rouen, 24 de Diciembre de 1841, confirmada por sentencia de

te de Angers ha resuelto que el Loira no ofrece una vía de acceso segura y practicable: este río, dice la sentencia, sobre el cual se habría tenido que efectuar, en el caso de que se trataba, una travesía de 800 metros, es, por propia naturaleza, muy variable en su curso, unas veces elevado, impetuoso y violento, otras veces reducido á las más bajas aguas, y embarazado por las arenas; la reducción del lecho principal, la supresión de diversos canales por efecto de numerosos trabajos, la marcha rápida y agitada de las barcos de vapor, todo contribuye á que la navegación sea difícil y peligrosa; y lo sería, sobre todo, agrega la corte, para las barcas que tuviesen que transportar animales enviados á pastar y para volverlos á traer. La sentencia concluye, y con razón, que comunicaciones tan llenas de escollos y expuestas á funestos naufragios no podían considerarse como practicables, y que por lo mismo, había necesidad de conceder otro paso á los propietarios interesados (1).

Cuando no se trata de un río navegable, sino de un canal, la solución de la dificultad depende, antes que todo, de los usos nacionales. La corte de Holanda falló que no había enclave si el terreno que se pretende enclavado toca á un canal (2). En una región menos acuática, semejante decisión sería demasiado absoluta, y todo en esta materia depende de las circunstancias. La corte de casación de Francia resolvió que no había enclave, cuando el propietario puede pasar por un río que es vadeable casi en todas épocas (3). En los países montañosos, puede haber

31 de Julio de 1844 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 321, 3º). Compárese Gante, 23 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 237).

1 Angers, 14 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 47).

2 Sentencia de 18 de Noviembre de 1861 ("Weekblad voor het regt," núm. 2327).

3 Sentencia de denegada apelación, 30 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 158).

enclave, por más que se trate de un simple torrente, si como dice la sentencia, el torrente ofrece un trayecto poco seguro, incómodo y hasta impracticable durante una parte del año (1).

80. Lo que acabamos de decir de las corrientes de agua prueba que no se puede asentar en principio que un pre-
dio no está enclavado cuando tiene una salida, sean cuales fueren las dificultades que ésta presente (2). La corte de Besançon, á la vez que repite, siguiendo á Pardessus, que el derecho de exigir un paso se subordina á la imposibilidad absoluta de pasar por otro paraje público, tiene cuidado, al rehusar el paso, de comprobar que existía un camino que no era impracticable, por más que fuese difícil de transitar por él con una carga completa; que tal inconveniente podía desaparecer por una rectificación del declive poco dispendiosa; de suerte que algunos trabajos fáciles pondrían al camino en un estado de veabilidad completa (3). Con estas restricciones puede aceptarse el prin-
que haya enclave. En cambio, si los gastos que se necesitaren erogar para hacer viable un camino fuesen excesivos, habría enclave, aun cuando no hubiese imposibilidad absoluta. El consejero Mesnard dijo muy bien, que en este caso, hay una imposibilidad moral que equivale á una física; ¿se puede exigir que un propietario gaste diez mil francos para dar una salida á un terreno que no vale 10? (4).

1 Bastia, 2 de Agosto de 1854 (Daloz, 1856, 2, 281).

2 Aubry y Rau, lo dicen en terminos demasiado absolutos (t. 3º, p. 26 y nota 8).

3 Besançon, 23 de Mayo de 1828 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 819, 1º). Compárese Bruselas, 12 de Abril de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 200). En el caso los gastos no subían más que á 54 francos, y el vecino ofrecía soportarlos; sin embargo, el pretense enclavado reclamó. principio de que ciertas dificultades no son suficientes para

4 El caso se ha presentado, París, 24 de Mayo de 1841, y sentencia de denegada, de 25 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 325).

Desde el momento en que los gastos que tendrían que erogarse están fuera de toda proporción con el valor de la heredad, hay enclave (1). Así, pues, la dificultad se resuelve en un cálculo de gastos: si los trabajos son fáciles y poco dispendiosos, no hay enclave. Luego cuando los gastos exceden en poco á la indemnización que el propietario enclavado debería pagar para conseguir un paso por los predios vecinos, el principio de conciliación que domina esta materia exige que el propietario enclavado soporte este ligero gasto antes que hacer que pese sobre los vecinos una servidumbre de paso, onerosa siempre (2).

81. La jurisprudencia ha ido más lejos todavía por esta senda de interpretación equitativa. Se ha fallado que un predio está enclavado cuando tiene una salida, pero insuficiente para las necesidades de explotación (3). Esta decisión se funda tanto en el derecho como en la equidad. ¿Por qué razón la ley concede un paso forzoso al propietario enclavado? El art. 682 lo dice: "para la explotación de su heredad." El legislador quiere que el propietario tenga siempre una salida para explotar sus predios. ¿Sería suficiente un sendero, cuando para la explotación se necesita pasar con caballos y carros? El propietario que sólo tuviese un sendero, siendo así que necesitaría un camino, realmente está enclavado, supuesto que no puede cultivar su heredad.

82. ¿Basta el enclave para que haya lugar al paso forzoso en virtud del art. 682? Nó, porque hay que ver de

1 París, 24 de Mayo de 1844, (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 821, 4^o) y sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 326), de 14 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 154). Caen, 15 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167). Bruselas, 7 de Febrero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 194). Sentencia de denegada apelación, de 14 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 164).

2 Colmar, 26 de Marzo de 1831, y Rennes, 22 de Marzo de 1826 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 819, 2^o y 6^o).

3 Caen, 16 de Abril de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 199).

donde procede el enclave. Maleville dice que hay motivo para maravillarse que después de transcurridos tantos siglos desde que la tierra se cultiva, existan todavía predios enclavados (1). Sin embargo, han de ser frecuentes los enclaves, á juzgar por el considerable número de sentencias pronunciadas sobre la servidumbre de paso. ¿Quiere decir esto que todo enclave confiera el derecho de exigir el paso forzado por los predios de los vecinos? El enclave implica una idea de necesidad física ó moral, y la necesidad supone que si un propietario está enclavado lo esté sin su voluntad. Si él se ha privado de una salida haciendo construcciones, no hay enclave entonces (2). Del mismo modo si el enclave proviene de un hecho voluntario en el cual el propietario enclavado ha concurrido con su consentimiento, no puede invocar el beneficio del art. 682. A causa de la igualdad que es el principio fundamental de nuestro sistema de sucesión, los fundos de tierra van sin cesar fragmentándose; por lo que diariamente pasa que, dividida una heredad en gran número de lotes, se hallan fragmentos que no tienen salida hacia la vía pública. Hé aquí unos fundos enclavados. Y ¿acaso los propietarios podrán pedir á sus vecinos, extraños á la partición, un paso forzado en virtud del art. 682? Ciertamente que nó, porque por su voluntad están enclavados, y no pueden por su voluntad imponer una servidumbre á sus vecinos. ¿Se dirá que los predios enclavados, sea cual fuere la causa del enclave, deben obtener una salida, so pena de permanecer inútiles para los que los poseen y para la sociedad? Esto es evidente, pero deben pedir esa salida á sus co-participes. Si la partición se hizo con buena fe y con una poca de previsión, concederá un paso á aquellos cuyos lotes están enclavados. Y si por negligencia ó por dolo uno de los

1 Maleville, "Análisis razonado," t. 2^o, p. 129.

2 Denegación, 16 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 421).

co-participes tiene en su lote un predio sin salida, tendrá acción contra sus co-participes para conseguir un paso por el lote de aquél que termina en la vía pública. Esto no es más que una consecuencia de la obligación de garantía que existe entre co-participes, los cuales deben garantizarse la propiedad de los inmuebles puestos en sus lotes, luego también una propiedad útil. Ahora bien, mientras que un co-participes tiene acción contra sus co-herederos, no puede promover contra terceros; no está realmente enclavado, supuesto que tiene derecho á una salida (1).

Pardessus supone que á causa de negligencia en la redacción de las escrituras ó por el transcurso del tiempo, el co-participes enclavado no tenga ya ninguna acción contra sus garantes; en este caso, dice este autor, podrá proceder en virtud del art. 682. Han criticado esta opinión. En efecto, la redacción de la escritura de partición no puede privar á los co-participes de la acción que tiende á conseguir una salida. Generalmente la escritura no dirá una palabra; pero el silencio de los co-participes no priva á aquél cuyo lote está enclavado del recurso contra las garantías. Si la escritura dijere que los co-participes enclavados no tendrían acción de garantía por el capítulo de enclave, esto no impediría que los propietarios enclavados reclamasen un paso de preferencia contra sus co-participes, porque la partición jamás puede gravar con una servidumbre los predios vecinos: la cláusula de no-garantía no tendría más efecto que obligar al que pide el paso á pagarlo, estimándose su lote para el efecto. Otra cosa sería si la acción prescribiera; no teniendo ya acción de ga-

1 Durantou, t. 4^o, p. 461, núm. 420. Demante, t. 2^o, p. 631, número 537 bis, 1^o Ducaurroy, Bannier y Roustain, t. 2^o, p. 220, número 325. Aubry y Rau, t. 3^o, p. 28, nota 18.

rantía contra sus co-participes, el propietario enclavado deberá proceder en virtud del art. 682 (1).

83. La jurisprudencia se halla en este sentido. Se ha fallado que la partición de un fundo da un derecho de paso á la parte más alejada del camino público, sobre las demás partes. La sentencia dice que esta "presunción de concesión" resulta de la necesidad de las cosas. Este es un modo malo de expresarse: la servidumbre no nace de una presunción, porque jamás se presume que alguno grave su predio con una servidumbre. Pero, como lo explica la misma corte, la parte del predio que está enclavada no tiene derecho á un paso por el predio del vecino, porque los co-participes no pueden crear servidumbres sobre el predio de un tercero; justo es hacer soportar al predio dividido la servidumbre que nacen de su división (2). No solamente es esto justo, sino que también se funda en el derecho, según acabamos de decirlo. Si la escritura no tiene ninguna estipulación á este respecto, los tribunales arreglarán el paso. Caso es éste en que, en apariencia, el juez establece una servidumbre; y á decir verdad, no es el juez, sino la voluntad tácita de las partes contrayentes. Luego no hay que invocar, como lo hace la corte de Bastia, el art. 682 que se opone á que una porción cualquiera de una herencia permanezca inaccesible y condenada á la esterilidad (3). Aquí no se trata de la servidumbre de interés público que crea el art. 682; la partición es un contrato que obliga á los co-participes á garantizarse sus lotes, y por una consecuencia necesaria, á dar acceso á los diversos lotes sobre la vía pública. El juez nunca crea servidumbre, como lo diremos más adelante; si en el presente ca-

1 Tolosa, 12 de Mayo de 1866, y sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 166).

2 Riom, 10 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 214).

3 Bastia, 17 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 210).

so la establece, es fundándose en la voluntad de las partes contrayentes; ó por mejor decir, se limita á reglamentar su ejercicio. Algunas veces la escritura de partición contiene una cláusula concerniente á las servidumbres, pero concebida en términos tan generales, que parece autorizar las más excesivas pretensiones. Se ha dicho "que los co-participes deben proporcionarse camino de servidumbre los unos á los otros en todas partes en donde se requiera, en tiempo y razón convenientes." La corte de Rennes resolvió que esta cláusula no se aplicaba más que á los pasos necesarios para el servicio de las tierras labrantías que constituían el objeto de la partición, y que no podía entenderse de un paso permanente y cotidiano que uno de los co-participes reclamaba para unos almacenes establecidos después de la partición (1).

84. No hay que confundir el paso que se debe en virtud de una partición con el paso del art. 682. Más adelante diremos que el primero se debe sin indemnización. Hay otra diferencia. La servidumbre legal de paso nace de la necesidad, y cesa con la causa que le ha dado origen. Otra cosa sucede con la servidumbre á que están obligados los co-participes; aun cuando el que está enclavado adquiriese un predio ribereño de un camino público, y que, por consiguiente, dejase de estar enclavado, él conservaría el paso que le fué otorgado por la partición, porque ésta es una servidumbre convencional, y servidumbres de esta especie no se extinguen sino cuando vienen á ser inútiles al predio dominante. Esto también se funda en la razón y en la equidad. El propietario enclavado á causa de una partición tiene derecho á un paso porque su predio se habría estimado para el efecto del enclave; ésta es, pues, una servidumbre adquirida á título

1 Rennes, 18 de Noviembre de 1817 (Daloz, *Servidumbre*, número 1802, 20).

oneroso y por un concurso de consentimiento; ahora bien, los contratos son irrevocables. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

85. Los mismos principios se aplican á la venta. Cuando un predio se divide por una venta y una parte de él se encuentra enclavada, la que tiene acceso á la vía pública queda gravada con una servidumbre de paso á favor de la otra. Esta es una consecuencia lógica de las obligaciones que incumben al vendedor. El debe entregar la cosa vendida al comprador y debe garantirla; ahora bien, por los términos del art. 1615, la obligación de entregar la cosa abraza sus accesorios y todo lo que se ha destinado á su uso perpetuo; y en verdad que el más indispensable de todos los accesorios, es el paso, sin el cual el comprador no puede ser puesto en posesión. ¿Qué debe resolverse si el vendedor es el enclavado? Aquí ya no se puede invocar la obligación, porque el comprador nada debe al vendedor si no es el precio. ¿Quiere decir esto que el vendedor tenga derecho á reclamar un paso en virtud del art. 682? Nó, porque está enclavado por su voluntad, y las partes contrayentes no tienen el derecho de imponer una servidumbre á los predios vecinos. Luego hay que decidir que hay un compromiso tácito en virtud del cual el paso es debido por una de las partes á la otra (2). Este será siempre un paso convencional y no un paso legal.

86. Supuesto que el enclave voluntario, con motivo de venta ó de partición, no da lugar al paso forzado, el artículo 682 no recibirá aplicación sino en los casos en que el enclave resulte de un hecho accidental, tal como el hun-

1 Poitiers, 31 de Enero de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 857). Sentencia de denegada apelación, de 13 de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 1, 102).

2 Caen, 26 de Mayo de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 851, 1°). Agen, 16 de Febrero de 1814 (Daloz, *ibid.*, núm. 851, 20). Douai, 23 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 244). Sentencia de denegada apelación, de 14 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 176.)

dimiento de un terreno; la invasión de las aguas, el cambio de alveo de un río, el establecimiento de un canal, la supresión de un camino (1). Sin embargo, puede acontecer que el paso convencional en su origen, se vuelva en lo sucesivo legal. En el momento de la venta, las partes estipulan un paso por el fundo enclavado. Este paso llega á ser insuficiente con motivo de las nuevas necesidades de la explotación. Se ha fallado que el propietario enclavado podía pedir un paso más extenso, mediante indemnización (2). ¿Se reclama este paso en virtud de la venta? Nó, porque han quedado satisfechos los compromisos resultantes de la venta por la concesión del primer paso. Luego las partes contrayentes ya nada se deben. Si se hace necesario un paso más extenso, hay realmente enclave en el sentido del art. 682. Como lo dice la corte de Caen, el enclave es un estado relativo; el propietario que necesita de un camino para caballos y carretas está enclavado cuando sólo tiene un paso á pié. Así, pues, el paso se reclama á causa del enclave, y por consiguiente, en virtud del artículo 682.

Hay un caso en el cual el paso es legal, desde el momento en que se celebra la venta. El vendedor había enagenado la parte de su fundo que se tocaba con la vía pública, mucho tiempo antes de la venta de la otra parte del predio. Así, pues, la venta tiene por objeto un predio enclavado. Se pregunta si en este caso, el comprador tiene una acción contra el vendedor. Si éste se ha comprometido á procurar un paso al comprador ya no hay cuestión; pero se supone que el contrato no contiene ninguna cláusula á este respecto. Ya no hay compromiso tácito que resulte de la división del fundo, porque no hay división: lo que se ha vendido es un fundo enclavado. El compra-

1 Demolombe, t. 12, p. 683, núm. 602, y todos los autores.

2 Caen, 10 de Enero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167.)

dor no tiene acción derivada de la venta. En consecuencia hay enclave en el sentido del art. 682 (1).

87. ¿Se vuelve también al caso del art. 682 cuando el predio vendido termina en un camino de servicio privado, es decir, en una vía que no es pública? La dificultad se ha presentado ante la corte de casación. Era el caso, que el propietario enclavado reclamaba el beneficio de la servidumbre legal que le procuraba un paso más directo. Oponíasele que no podía pedir un paso por los predios vecinos, puesto que tenía derecho á un paso como comprador contra su vendedor. Esto sería cierto, contestaba el propietario enclavado, si el predio de un vendedor fuese ribereño de un camino público. Pero un camino de servicio es una servidumbre, y no puede trasladarse una servidumbre de un predio á otro, ni establecer una servidumbre sobre otra. La corte de casación ha salido de apuros invocando el principio consagrado por la jurisprudencia, que los caminos de servicio se presume que con la propiedad común de los propietarios á cuyas heredades sirven; ahora bien, un propietario puede transmitir su derecho al comprador. Nosotros no admitimos esta pretendida presunción de propiedad. A nuestro juicio, la cuestión no era dudosa, y habría debido decidirse en el mismo sentido, suponiendo que el camino de explotación constituyese una servidumbre. En efecto, según los términos del art. 700, si llega á ser dividida la heredad dominante, la servidumbre queda debiéndose por cada porción. Las dificultades que suscita la aplicación de esta disposición no se presentaban en el caso al debate, puesto que evidentemente la servidumbre de paso era debida á cada parte del predio dominante, y le era debida después de la división.

1 Sentencia de denegada apelación, 19 de Julio de 1843 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 852).

88. El comprador tiene derecho á un paso contra su comprador. No usa de este derecho, porque un vecino le permite por tolerancia que pase por su predio. Después revende su fundo. ¿El segundo comprador podrá reclamar el paso al que tenía derecho su autor? Nó, se dice, porque él ha comprado un predio enclavado, por lo que no tiene acción en virtud de la venta, y no puede tenerla sino en razón del enclave. La corte de casación ha fallado en este sentido (1). A nosotros nos parece que él comprador tenía la acción del comprador tendiendo á conseguir un paso? En la obligación de garantía contraída por el vendedor. Ahora bien, en caso de ventas sucesivas, el último comprador puede ejercer la acción de garantía que pertenecía á su vendedor. Esto será lo que establezcamos en el título de la *Venta*. Si se admite este principio, la cuestión queda resuelta. El paso es un accesorio necesario del fundo; si el vendedor lo hubiese pedido y obtenido, es claro que sin estipulación ninguna, lo habría transmitido al comprador; ahora bien, él tenía una acción para reclamar el paso, y al que tiene una acción se considera que tiene la cosa misma. Si el vendedor transmite el paso al comprador, le transmite también la acción que tiende á obtener el paso.

III. Objeto del paso legal.

89. El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos para la *explotación de su heredad*. ¿Esta palabra *explotación* debe tomarse al pie de la letra, y deducir que la servidumbre legal de paso no puede reclamarse sino para los predios rústicos? La corte de Pau ha dado este sentido restringido á

1 Sentencia de denegada apelación, 24 de Abril de 1867 (Daloz, 1867, 1, 227).

los términos de que se sirve la ley, pero ha extendido el beneficio de la servidumbre á todas las heredades enclavadas, invocando la razón de analogía (1). Nosotros admitimos la decisión, pero rechazamos los motivos. Si realmente la servidumbre de paso estuviera limitada á las fincas rústicas, no se la podría extender por vía de analogía, no se extienden las servidumbres legales, sobre todo á aquellas que derogan el derecho de propiedad. ¿Pero positivamente es cierto que el texto es restrictivo?

La palabra *explotación* tiene un sentido general; se dice explotar una fábrica, como se dice explotar una hacienda; En este concepto, es como se expresa el orador del gobierno: "el interés general no permite que haya *fundos* puestos fuera del *dominio* de los hombres, y atacados de *inercia* ó condenados á la falta de cultivo" (2). Así es que el texto es general lo mismo que el espíritu de la ley.

90. Se hacen nuevas objeciones cuando la servidumbre reclama un predio industrial. El paso se hace entonces mucho más oneroso, á causa del gran número de jornaleros que lo practican, así como por los vehículos pesadamente cargados que por ahí pasan; el paso será casi un camino público. No importa, dice con razón la corte de Bruselas: si el paso es más frecuentado, será más molesto, más perjudicial para el predio sirviente, pero también la indemnización será más considerable, supuesto que el artículo 682 quiere que sea proporcionada al daño que la servidumbre puede ocasionar.

Se ha presentado, sin embargo, una singular hipótesis, en la cual han intervenido decisiones en sentido diverso. El propietario de un predio abre en él una cantera; pide, por causa de enclave, un paso por una cantera ya abierto en un predio vecino. Se ha fallado que no había lugar á

1 Pau, 14 de Marzo de 1831 (Deloz, *Servidumbre*, núm. 834).

2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 182).