

la servidumbre legal de paso. Esta servidumbre, dice la corte de Amiens, no puede ejercerse sino en la superficie de los predios; en cuanto á las capas inferiores del suelo, están todas enclavadas, por lo que habría que decir que todos los predios están gravados con servidumbre de enclave. Tal no es el objeto del art. 682, que ha querido asegurar una explotación que se hace en la superficie del suelo y una salida para los productos de esta explotación, por medio del paso hacia la vía pública (1). ¿No es esto introducir en la ley distinciones que su texto y su espíritu rechazan igualmente? El art. 682 establece una regla general que se aplica á todo género de propiedades raíces, á toda especie de explotación, tanto á una cantera como á otra propiedad cualquiera, y sin que tenga que distinguirse si es explotada á cielo abierto ó por medio de galerías subterráneas. Esto decide la cuestión en favor del propietario enclavado. Hay una sentencia en este sentido (2).

91. Cuando se trata de servidumbres derivadas de actos del hombre, el propietario del predio dominante no puede hacer en su predio, ni en el sometido, ningún cambio que agrave la condición de éste último (art. 702). Esta regla no se aplica á la servidumbre legal de paso. El propietario del predio enclavado puede hacer en su fondo las innovaciones que juzgue útiles; tiene el derecho de mejorar y de extender su explotación, y si, para satisfacer estas nuevas necesidades, necesita un paso más extenso, puede siempre reclamarlo en virtud del art. 682. No puede objetársele que agrava la condición del predio sirviente, porque la servidumbre legal de paso no está limitada por las necesidades que existen en el momento en que por primera vez se reclama; es una servidumbre cuya exten-

1 Amiens, 2 de Febrero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 232).
2 Chambéry, 10 de Enero de 1863 (Daloz, 1863, 2, 175).

sión depende de las necesidades variables del propietario enclavado. El mismo enclave, que es la causa de la servidumbre, es variable. Hay enclave no sólo cuando un fundo no tiene salida, sino también cuando ésta es insuficiente; ¿y cuándo puede decirse que no es suficiente? Esto también es un elemento variable; luego hay enclave en el sentido legal de la palabra, cuando el propietario enclavado no tiene un paso que corresponda á las necesidades de su explotación; y habiendo enclave, el propietario enclavado puede reclamar un paso.

La jurisprudencia es de este sentir. Sin embargo, se ha propuesto una restricción á esta doctrina. Si el propietario de un terreno enclavado y no edificado levantase en él una construcción, y crease un establecimiento industrial, él no podría, dicese, reclamar un paso más extenso que aquél á que tenía derecho según la naturaleza de su predio. En apoyo de esta destrucción se dice, que sobre edificar un predio, no es explotarlo, sino transformarlo en un inmueble de otra naturaleza; y nadie, por actos propios, puede crearse un derecho á un paso más extenso que el que le competía conforme á la naturaleza originaria de su heredad (1). La jurisprudencia rechaza esta distinción: nosotros creemos también que está en oposición con el espíritu y hasta con el texto de la ley. ¿Cuál es el objeto de la servidumbre legal de paso? El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamarla para la explotación de su heredad. Esto implica, dice la corte de casación, que el paso debe ser suficiente para el servicio del predio y apropiado á todas sus necesidades. ¿Son siempre éstas las mismas? No puede ser. La servidumbre, continúa la corte, es susceptible de modificarse, si la heredad cambia de naturaleza ó recibe legítimamente un destino nuevo que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 28 y nota 14.

haga necesaria esa modificación (1). ¿Cuándo puede decirse que el predio recibe legítimamente un nuevo destino? Todo propietario es libre para explotar su cosa como quiera; así, pues, nada más legítimo que edificar en un terreno ó crear en él un establecimiento industrial. Las necesidades del predio enclavado aumentarán; por mejor decir, habrá un nuevo enclave, por lo que se necesita un paso nuevo ó al menos más extenso. En vano se dirá que el propietario es el que crea el enclave. Nosotros contestamos que está en su derecho, y que hasta es su deber, puesto que todo buen padre de familia debe mejorar su propiedad. El objeto de la ley es precisamente favorecer esos esfuerzos. Cuando el propietario extiende una explotación existente, se conviene en que tiene derecho á una servidumbre proporcionada á sus nuevas necesidades, y que, en este sentido, crea el enclave. Luego puede también reclamar un paso para una construcción ó una fábrica que él levante. El legislador, dice la corte de Agen, ha querido que el propietario sacara de su heredad toda la ventaja que puede ofrecerle; mientras que, en la opinión que estamos combatiendo, el fundo estaría condenado á una eterna inmovilidad; la heredad dominante estaría en cierto modo sujeta en provecho de la heredad sirviente. ¿Es ese el espíritu de la ley? (2).

Rehusar, en este caso, dice la corte de Caen, el paso necesario, sería mantener el predio enclavado en un estado de inferioridad respecto á las demás heredades y estorbar su mejoramiento, lo que sería contrario no sólo al interés del propietario que la ley ha tenido por objeto proteger, sino también al interés general que quiere que cada uno pueda sacar de su propiedad el producto que

1 Sentencia de denegada apelación, 8 de Junio de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 835, 2°).
2 Agen, 18 de Junio de 1823, y Burdeos 18 de Junio de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, número 835, 3° y 5°).

ella pueda procurarle (1). La corte de Poitiers ha inferido de aquí que para comprobar el enclave y para determinar qué paso debe otorgarse, el juez debe recurrir no á una averiguación, sino á un reconocimiento pericial. La averiguación le haría saber de qué manera se ha ejercido la servidumbre del predio y el destino que en otro tiempo tenía; mientras que lo que los peritos darán á conocer será el estado actual del predio, su destino y sus necesidades (2). Déjase entender que si el propietario enclavado pide un nuevo paso, deberá pagar una nueva indemnización.

IV. ¿Sobre qué predio puede reclamarse el paso?

92. El art. 682 dice que el propietario enclavado puede reclamar un paso por los "predios de sus vecinos." La ley no distingue, como lo hace para las servidumbres de irrigación, si los predios están ó nó cercados, si son casas, parques ó jardines. Hay una razón para esta diferencia. En el caso de enclave, el paso se funda en la necesidad, y ante esta todas las conveniencias de los vecinos deben ceder. Tampoco hay que considerar cuál es la naturaleza jurídica de las heredades en las cuales se halla establecida la servidumbre. Hay inmuebles que la ley declara inalienables y que, por consiguiente, no pueden gravarse con servidumbres convencionales: tales son los fundos dotales (art. 1554). Y sin embargo, se les grava con la servidumbre legal de paso, porque aquí hay un interés público que supera al interés particular. El principio de la inalienabilidad dotal tiene, sin embargo, una consecuencia notable, y es que el marido carece de facultad para reconocer la existencia de la servidumbre. El es únicamente administrador de los bienes dotales, y usufructuario; como tal,

1 Caen, 16 de Abril de 1859 (Daloz, 1859, 2, 199).
2 Poitiers, 19 de Marzo de 1861 (Daloz, 1863, 2, 200).

no tiene calidad para gravar los inmuebles dotales con un derecho real, aun cuando no fuesen inalienables; siendo la inalienabilidad una garantía para la mujer, ésta es una razón de más para hacer á un lado todo acto del marido en lo concerniente á la propiedad de sus bienes. Nosotros creemos que el arreglo de la servidumbre debiera hacerse judicialmente, así como la enagenación cuando es permitida (art. 1558); porque la constitución de una servidumbre es una enagenación parcial. Poco importa que la ley la establezca, puesto que siempre hay que reglamentar su ejercicio, y para esto se necesita el concurso de la mujer propietaria y del marido usufructuario. En cuanto al juez él debe intervenir para que no se eluda la garantía de la inalienabilidad. Siguese de aquí que es inoperante todo reconocimiento emanado del marido (1).

El dominio del Estado no está libre de esta servidumbre. Cierta es que no puede enagenarse sin ley; pero la hay respecto al paso legal. Se ha fallado que los bosques señoriales están gravados con la servidumbre legal del artículo 682 (2). Esto no tiene la menor duda. Exceptúanse los bienes que forman parte del dominio público (3). Creemos que esto es demasiado absoluto. Si el dominio público, es porque está afectado á un destino que es incompatible con dos derechos reales que en él ejercitarían los particulares. Mientras que no exista la incompatibilidad, nada impide que los bienes del dominio público estén gravados con una servidumbre. Aquél cuyos bienes quedan enclavados á causa de la construcción de un camino de fierro puede estipular un paso por la vía ferrea, por más

1 Sentencia de casación, 17 de Junio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 140). Compárese sentencia de denegada apelación, de 20 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 110). Aubry y Rau, t. 3º, p. 28 y notas 16 y 17.

2 Angers, 20 de Mayo de 1842 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 858).

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 28. Compárese el t. 7º de esta obra, número 130.

que ésta forme parte del dominio público, y que por ella esté prohibida la circulación. Si por dicha vía puede haber un paso convencional, con mayor razón lo habrá legal, salvo el reglamentar el ejercicio de la servidumbre, de modo que no se comprometa el servicio público.

93. Los arts. 683 y 684 reglamentan el ejercicio del paso legal; están concebidos en estos términos: "El paso debe regularmente tomarse por el lado en que es más corto el trayecto del predio enclavado á la vía pública. No obstante, debe fijarse en el sitio menos perjudicial para la persona sobre cuyo predio se ha otorgado." Estas disposiciones están tomadas del antiguo derecho, pero la tradición da lugar á una ligera dificultad. No tiene duda que cuando el paso no puede tomarse sino sobre un solo predio, los tribunales resolverán conciliando los varios intereses (1). Si el paso puede tomarse sobre varios fundos pertenecientes á distintos propietarios ¿cuál será el gravado con la servidumbre? Bourjon contesta: "La disputa entre estos vecinos, para saber quién será el que procure el paso, se determina por la "extensión más pequeña," ésta debe servir de regla; es conveniente entre los interesados, y hasta conforme con el bien público, supuesto que ahorra terreno. Tal era la jurisprudencia de Chatelet." Infírese de aquí, continúa Bourjon, que el paso debe tomarse del lado en que el trayecto es menor partiendo desde la heredad que está rodeada hasta la vía pública. Además de esto, el pasaje debe estar limitado en el paraje el menos incómodo para el que lo cede (2). Parece que el código ha consagrado esta doctrina tradicional, de la que resultaría que el paso debe tomarse

1 Burdeos, 19 de Noviembre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, p. 534) y 5 de Julio de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, p. 132).

2 Bourjon, "Derecho común de Francia," lib. IV, tit. I, parte II, cap. I, núms. 1.3 (t. 2º, p. 9).

siempre en aquel de los predios por donde el trayecto es más corto, y que la cuestión de saber cuál es el trayecto menos perjudicial no puede agitarse entre vecinos; que no puede ser debatida sino por el propietario en cuyo predio, como el más cercano á la vía pública, va á establecerse la servidumbre. Creemos que, en efecto, debe procederse de este modo, porque, como dice Bourjon, esto conviene á todos los interesados. Pero no es ésta una regla absoluta, y el texto mismo del código así lo dice; el art. 683 no prescribe que se tome "siempre" el paso por el predio más cercano á la vía pública, sino que dice que así debe hacerse "regularmente," lo que implica que puede haber excepciones. En efecto, el interés de todas las partes, el cual ha inspirado la regla, puede exigir una excepción. El fundo más cercano es una habitación y más adelante hay un terreno desnudo: ¿se dará el paso por la casa, el jardín, el parque, de preferencia á un terreno de escaso valor? Todos perderían con esto; luego debe aplicarse el principio de equidad establecido por el art. 684, á varios predios, tanto como á las diversas porciones de un solo y mismo fundo. El espíritu de la ley así lo quiere, y el texto lo permite. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2).

94. Si el paso es ejercido por un predio del propietario del predio sirviente puede pedir que se transporte la servidumbre? Que él pueda pedir que la translación se haga á sus fundos, esto no tiene la menor duda, porque es de derecho común (art. 701). ¿Puede también pedir que la servidumbre pueda volverse á llevar al predio de un vecino? La jurisprudencia parece contraria. La corte de To-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 220, número 324. Demolombe, t. 12, p. 28, núm. 618; Durantou, t. 5º, p. 466, núm. 423.
2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 824, sentencia de denegada apelación, de 29 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 204), y Bourges, 9 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 38.)

losa se ha fundado en la posesión inmemorial para desechar la demanda del predio sirviente, pero ella ha cuidado de añadir y demostrar que aun cuando no hubiese habido posesión, el paso se habría establecido por el predio que por un tiempo inmemorial estaba gravado con la servidumbre. Lo que implica que la decisión podría haber sido contraria, suponiendo que el reclamante hubiese tenido interés en la translación del paso (1). Nosotros hemos establecido que la servidumbre de paso es variable en lo concerniente al predio dominante. Hay también un elemento variable en cuanto al predio sirviente. En el momento en que empieza la servidumbre, se establece sobre tal ó cual predio por ser menos perjudicial al propietario. Pero puede llegar á serlo en lo sucesivo. El tiene derecho á cambiar su explotación, lo mismo que el propietario del predio dominante; si él edifica, si crea un establecimiento industrial, la servidumbre quedará singularmente agravada: justo es que se cambie de lugar, cuando está probado que no se habría establecido sobre aquel fundo si desde el principio hubiese estado en tal condición.

V. De la indemnización.

95. Según los términos del art. 682, el propietario que reclama un paso por causa de enclave debe pagar una indemnización proporcionada al daño que ocasione. La ley supone que se trata del paso forzado. En efecto, el paso se establece, en este caso, en virtud de un convenio expreso ó tácito, que obliga á los co-partícipes ó al vendedor á procurar una salida al fundo enclavado hacia la vía pública; habiéndose dividido ó vendido el fundo enclavado como tal, se le habrá estimado en razón de la salida que va á dársele; la equidad, de acuerdo con el derecho, exige,

1 Tolosa, 26 de Mayo de 1818, (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 829, 1º.)

pues, que el paso se conceda sin indemnización. Habría excepción si la escritura de partición ó de venta estipulara que el predio enclavado no tendría derecho á una servidumbre de paso; debe suponerse, que en este caso, el propietario enclavado se habrá procurado un paso por los predios vecinos, y por consiguiente, se habrá estimado en un tanto menos el predio; así, pues, el propietario enclavado será indemnizado previamente, salvo el pagar una indemnización al dueño del predio por el cual se ha estipulado una salida (1). Estos principios no se aplican al vendedor, que enclavado á causa de la venta, reclama un paso contra el comprador; éste no está obligado á procurar un paso en virtud del contrato; luego si procura uno, tiene derecho á una indemnización, á menos que en razón de las circunstancias de la causa y del precio estipulado, el juez admita un convenio tácito que reserve al vendedor un paso por el predio vendido (2).

96. ¿El propietario enclavado debe una previa indemnización? Conforme al texto del art. 682, es claro que la indemnización no debe ser previa. Hay más. El código supone que ella no está pagada antes de la reglamentación de la servidumbre. En efecto, el art. 685 da al propietario del predio sirviente una acción de indemnización; esta acción puede prescribir, lo que no impediría, dice la ley, que el paso deba continuarse. Se objeta el art. 545, por cuyos términos nadie puede ser obligado á ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública y mediante una justa y *previa* indemnización, y de aquí se concluye que la indemnización debe ser siempre previa. La razón es mala. El art. 545 prevee el caso de expropiación; ahora bien, el establecimiento de una servidumbre no es una

1 Duranton, t. 5º, p. 463, núm. 421. Demante, t. 2º, p. 631, número 537 bis, 1º Demolombe, t. 2º, p. 86, núm. 604.

2 Compárese sentencia de Caen, 26 de Mayo de 1821 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 851, 1º).

expropiación en el sistema del código civil; luego hay que hacer á un lado el art. 545 y por consiguiente el 11 de la Constitución belga. No hay lugar á indemnización en materia de servidumbre sino cuando la ley la prescribe; y cuando quiere que sea previa, también lo dice. Tal es la servidumbre de irrigación, establecida por la ley de 27 de Abril de 1848, art. 1º. Podría decirse que, en el espíritu de nuestra Constitución, toda indemnización debe ser previa, porque así lo exige el respeto á la propiedad. Esto es verdad; pero hay casos en que la indemnización no puede ser previa. De ello hemos visto un ejemplo en materia de servidumbres de irrigación (1). La indemnización por causa de enclave es proporcionada al daño que resulta del paso; y el daño puede variar según el cultivo, ó el modo de explotación; luego puede variar de un año al otro, lo que excluye el pago previo.

97. Hay otra consideración que depende de la esencia misma de la servidumbre legal de paso. Esta no está establecida ni por convenio ni por fallo, sino que existe en virtud de la ley, y puede decirse que de la necesidad; una sola cosa hay que arreglar por convenio ó por fallo, y es el ejercicio de la servidumbre y el monto de la indemnización. Síguese de aquí que la servidumbre es preexistente á la indemnización, y que, por lo mismo, la indemnización no podría ser previa. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que como el derecho de paso existe en virtud de la ley, no há lugar á aplicar la disposición del código penal que castiga el paso por el terreno ajeno preparado á sembrado; porque deja de haber contravención en donde hay derecho á pasar (2).

1 Véase el t. 7º de esta obra, núm. 394.

2 Sentencia de la corte de casación, de 25 de Abril de 1846 (Daloz, 1846, 4, 149), y de 16 de Septiembre de 1853 (Daloz, 1853, 5, 151).

¿Si no há lugar á una acción penal lo habrá para daños y perjuicios? Esto depende de las circunstancias. Si el paso se ejerce en el predio que se señaló, no se deben daños y perjuicios, puesto que el paso ha sido legal desde el principio; sólo que si la indemnización se hubiese fijado por anualidades, comenzaría á contarse desde el momento en que el propietario enclavado á empezado á practicar el paso. Pero si la servidumbre estuviese establecida en otro predio, habría daño causado, y por consiguiente, obligación de repararlo.

98. ¿Conforme á qué base se calcula la indemnización? El art. 682 quiere que sea proporcionada al daño que el propietario enclavado causa al fundo por el cual pasa. Luego consiste en una reparación del daño causado. El juez puede fijar una suma capital que represente la disminución de valor que sufre el predio sirviente por el establecimiento de la servidumbre: el precio de la venta forzada será lo que el vecino deba consentir. El juez puede también decidir que el propietario enclavado pague una suma anual á título de indemnización. La corte de casación lo ha juzgado de este modo al decir que la ley no impone al juez la obligación de determinar un capital invariable y pagado de una sola vez; que al abandonar á su poder discrecional el cuidado de fijar la indemnización, le deja la facultad de convertirla en una suma pagadera anualmente y proporcional al daño que puede ocasionar el paso (1). Se ha reprochado á la corte que haya olvidado el art. 545, el cual al prescribir una indemnización previa quiere por esto mismo que consista en un capital pagado de una sola vez (2). Si se tratara de una indemnización, la crítica sería fundada; pero, como acabamos de

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 325).

2 Demolombe, t. 12, p. 111, núm. 632.

decirlo, el establecimiento de una servidumbre no priva de su cosa al propietario del predio sirviente; luego el artículo 545 es inaplicable. La indemnización puede también ser variable, la sentencia de la corte de casación lo supone y nada más natural, porque el daño puede variar según el cultivo. En este sentido, una indemnización pagadera por anualidades corresponde mejor al espíritu de la ley que una indemnización capitalizada.

La misma sentencia decide que si hay varios propietarios enclavados á los cuales se ha otorgado un sólo y mismo paso, esto no impide que se divida entre ellos la indemnización. En esto casi no cabe duda, la indemnización es por naturaleza divisible, luego si hay varios deudores se divide entre ellos en la proporción arreglada por el juez, proporción que depende del daño que cada uno de ellos causa al pasar por el predio sometido. Si las propiedades dominantes están divididas, hay tantas servidumbres como fundos, luego otras tantas indemnizaciones diferentes.

Puede suceder que la indemnización sea recíproca, y esto acaece cuando los diversos predios son á la vez dominantes y sirvientes. La corte de Metz ha resuelto que no hay lugar á indemnización cuando los propietarios de praderas enclavadas tienen la costumbre de cederse recíprocamente paso para la explotación de sus heredades. Esto equivalía á desconocer la disposición formal del artículo 682. Desde el momento en que se reclama la indemnización, el tribunal debe adjudicarla, á menos que haya prescripción. La sentencia fué casada (1).

Núm. 2. De la prescripción en materia de enclave.

99. El art. 658 establece: "La acción de indemnización,

1 Sentencia de casación, de 30 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 281.)

en el caso previsto por el art. 682, es prescriptible, y el paso debe continuarse, aunque ya no sea recibida la acción de indemnización." Esta disposición ha dado margen á numerosos pleitos, lo que supone grandes dificultades. Ateniéndose al texto y al espíritu de la ley, las dificultades desaparecen, y hay que confesarlo, la jurisprudencia las ha creado. El lenguaje de las sentencias es tan inexacto, que lo vago de las expresiones refugia sobre los principios mismos, y en definitiva, todo se vuelve incierto. Antes que todo debe verse cuál es el objeto de la prescripción. El art. 685 sólo habla de la prescripción de la acción de indemnización; en él ni una sola palabra se dice de la prescripción de la servidumbre de paso, y conforme á los principios que rigen el enclave, no puede ser cuestión ni de adquirir el derecho de paso por la prescripción adquisitiva, ni de perderlo por la prescripción extintiva.

La prescripción adquisitiva tiene lugar cuando una servidumbre continua y aparente se ejerce durante treinta años (art. 690); las servidumbres discontinuas no pueden establecerse sino por título (art. 691). Ahora bien, la servidumbre de paso es discontinua (art. 688), luego no puede tratarse de adquirirla por prescripción. ¿Por ventura el art. 682 deroga estos principios elementales? ¿Se permite al propietario enclavado que haga prescribir el paso por los predios vecinos? En el artículo ni una sola palabra se dice de la prescripción del derecho de pasar. La ley dice que el propietario cuyos fundos están enclavados puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos. Nosotros hemos dicho que la expresión *reclamar* no es exacta, en el sentido de que el propietario enclavado no necesita proceder judicialmente para obtener el paso, porque éste existe en virtud de la ley. Nosotros insistiremos más adelante; poco importa respecto á lo concerniente á la prescripción adquisitiva; es claro que el propietario enclavado, al

suponer que debe *reclamar* no se funda en la prescripción sino en el enclave que es su título. Por mejor decir, su título está en la ley, que le permite reclamar un paso por el hecho de no tener ninguna salida hacia la vía pública. Así, pues, es preciso separar toda idea de prescripción y de posesión. En el momento en que el propietario enclavado reclama un paso, no lo posee ¿cómo podría, pues, invocar la prescripción? Y si, en vez de *reclamar*, ejerce el paso, y esto por espacio de treinta años ¿podrá decirse que ha adquirido la servidumbre de paso por la prescripción? Mas él tenía derecho desde el primer día en que lo ha ejercido tanto como después de los treinta años. ¿Se adquiere por prescripción un derecho que se tiene ya en el momento en que por primera vez se ejerce?

Sin embargo, si nos atuviéramos al lenguaje de las sentencias, incluso las de la corte de casación, podría creerse que prescribe el paso en caso de enclave. Se lee en una sentencia de la corte de casación que la servidumbre de paso necesario, aunque discontinua, se adquiere por la posesión (1). Otra sentencia explica como prescribe esta servidumbre, aun siendo discontinua, y es porque el principio del art. 691 no se aplica á la servidumbre legal de paso, por que en este caso la necesidad hace veces de título (2). Habrá que decir que la ley hace veces de título, porque la ley tiene que reconocer primero la necesidad para otorgar después un derecho. Pero que sea la ley ó la necesidad, de todos modos no es la prescripción, porque en donde hay título, ya la cuestión no es de prescribir. Una sentencia posterior dice, además, que el ejercicio de paso durante treinta años hace que se *adquiera* la servidumbre

1 Sentencia de casación, de 10 de Julio de 1821 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 886.)

2 Sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1835 (Daloz, *ibid.*, p. 237).

misma de paso. La sentencia agrega, y en esto sí está en lo justo: "según el asiento que se le ha dado por esta larga posesión." La expresión carece, no obstante, de exactitud. No es jamás la *servidumbre* lo que se adquiere por la posesión trentenaria; la posesión no hace más que determinar la manera de ejercerla, y aun según creemos (artículo 94), nada irrevocable hay en ese ejercicio, de suerte que no hay nunca una verdadera prescripción, ni siquiera en lo concerniente al ejercicio del paso. Estamos convencidos que el pensamiento de la corte es exacto, porque realmente no cabe duda alguna, no hay siquiera cuestión. Pero, en derecho, es importante que la precisión del lenguaje esté en armonía con la claridad del pensamiento. Por tal motivo nos hemos detenido en este punto que por sí mismo no merece tan largos desenvolvimientos.

Los verdaderos principios fueron expuestos ante la corte de casación por el consejero Mesnard, y lo hizo con su acostumbrada claridad. Era el caso que el propietario enclavado había cesado de ejercitar su derecho durante diez años, y después había reanudado su goce. El actor en casación sostenía que había en esto una interrupción de la prescripción. Para que pueda interrumpirse la prescripción, dice el promotor fiscal, se necesita antes que todo que haya lugar á prescribir. Ahora bien, cuando un propietario está enclavado, el derecho de paso no resulta de la prescripción, sino del enclave; por mejor decir, la *servidumbre* la establece la ley, la posesión no puede tener más efecto que determinar el asiento de la *servidumbre*, es decir, el lugar del paso, y conducir á la prescripción de la indemnización. En ningún caso se adquiere la *servidumbre* por la prescripción, sino únicamente el derecho de pasar sobre tal punto de la heredad sirviente más bien que por tal otro, y el derecho de pasar sin que pueda exigirse una indemnización; la prescripción hace suponer que el tra-

yecto se fijó de común acuerdo, y que la indemnización por el paso fué pagada (1). Tal es también la doctrina de los autores (2).

100. ¿Hay lugar á la prescripción extintiva en materia de enclave? Según el art. 685, la acción de indemnización prescribe, pero ningún texto habla de la prescripción del derecho de paso. Una cosa sí es cierta, y es que el derecho de reclamar el paso es imprescriptible. Todos están de acuerdo en este punto. Fúndanse en el principio de que los derechos de pura facultad no prescriben (3); el principio es cierto pero muy obscuro, y en nuestra materia misma da lugar á dificultad. Hay otro principio que es de una evidencia incontestable, y es que no se prescribe contra el interés público, porque la prescripción supone intereses privados que se pueden renunciar, y de los que se dispone; y no se renuncia á lo que es de interés social, ni se dispone de ello. Ahora bien, el paso en caso de enclave, está establecido por interés general; por lo mismo, no admite ninguna prescripción; por todo el lapso de tiempo que se haya permanecido enclavado sin reclamar el paso se puede siempre ejercitarlo, porque por esa prolongada inacción el propietario enclavado no ha podido renunciar á un derecho que se ha establecido por interés de la sociedad tanto como por el suyo.

Lo mismo sería si el propietario enclavado hubiera reclamado el paso, lo hubiera ejercido, y en seguida hubiera permanecido treinta años sin practicarlo. Esta es la opinión general, con excepción del disentimiento de Duranton (4), que invoca los art. 706 y 707. El primero dice

1 Informe del consejero Mesnard sobre la sentencia de 29 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 205).

2 Marcadé, t. 2º, p. 601, art. 682, núm. 2. Demolombe, t. 12, página 101, núm. 624. Aubry y Rau, t. 3º, p. 31 y nota 29.

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30.

4 Duranton, t. 5º, p. 475, núm. 436. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, p. 503, núm. 225; Marcadé, t. 2º, p. 604, art. 682, núm. 2.

que la servidumbre se extingue por el no-uso durante treinta años, y el segundo agrega, que los treinta años empiezan á contarse desde el día en que se ha cesado de disfrutarlas, cuando se trata de servidumbres discontinuas. Estas disposiciones parecen formales, porque están concebidas en términos generales y absolutos. Para hacerlas á un lado, se dice que se trata de un derecho de pura facultad; pero ¿no tiene razón Duranton al contestar que el ejercicio de toda servidumbre discontinua es un acto de pura facultad, supuesto que ellas exigen actos del hombre para ser ejercidas, y porque depende del propietario hacer ó no hacer? ¿Luego ninguna servidumbre discontinua se extinguiría por la prescripción! Hay otra contestación que dar á Duranton, y es perentoria. El no-uso no implica la renuncia; y el propietario enclavado no puede renunciar á un derecho que no se ha establecido en su favor. Duranton acepta que puede reclamar un paso mientras subsista el enclave, pero sostiene que después de treinta años el propietario enclavado debe pagar una nueva indemnización. Esto es contrario á todo principio. La servidumbre no se ha extinguido después de treinta años de no uso, luego el predio sirviente jamás ha cesado de estar sometido al paso, está desmembrado en virtud de la ley, y el propietario ha recibido una indemnización por esta sujeción, una indemnización que lo compensa para siempre; ¿por qué especie de transtorno de la equidad y del sentido común vendría él á reclamar una nueva indemnización, cuando por espacio de treinta años no ha sufrido ningún daño, bien que haya continuado disfrutando de su indemnización? Distinta es la cuestión de saber si el modo del ejercicio puede perderse por la prescripción, como puede adquirirse por una posesión trentenaria. Vamos á examinarla.

I. Efecto de la prescripción en cuanto al modo de ejercicio de la servidumbre.

101. La servidumbre de paso, en caso de enclave, la establece la ley; pero ésta no ha podido determinar sobre qué fundo debe ejercerse, ni el sitio del predio sirviente por el cual se ejercerá. Ella, en este particular, se limita á reglas generales en los arts. 683 y 684; á las partes interesadas corresponde arreglar el ejercicio del paso; que si no se ponen de acuerdo, el juez resolverá. ¿Si no hay ni convención ni fallo, la posesión trentenaria hará las veces de reglamento? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para resolver que la prescripción tiene por efecto determinar de una manera irrevocable el asiento del paso, en el sentido de que el propietario del predio en el cual se ha ejercido el paso á título de servidumbre legal, ya no puede pedir que se tome en el predio de su vecino, ni en otra parte de su propio predio; y que, por su parte, el propietario enclavado no puede reclamar cambio en el asiento de la servidumbre. Se invocan en favor de esta opinión los principios que rigen la prescripción. Ella hace veces de convenio ó ha habido un convenio que se hace imposible probar después de un espacio de tiempo tan largo, ó la voluntad del propietario que ejerce el paso y el consentimiento tácito de aquél que lo sufre equivalen á un título. Las partes interesadas habrían podido determinar el fundo y la parte del fundo por las cuales va á ejercerse el paso; pues bien, lo que el convenio ha podido hacer, la prescripción lo hará. Que no se objete que el paso es una servidumbre discontinua, y que tal servidumbre no puede establecerse por prescripción; no se trata de establecerla, porque lo está por la ley, sino que únicamente se trata de reglamentar su ejercicio. Por otra parte, la ley al consagrar el paso en caso de enclave, deroga