

no obstante, ciertas calles que son la prolongación de una gran vía de comunicación, y que, como tales, pertenecen á la gran vía pública y no á la vecinal. Con este título, forman parte del dominio público del Estado, porque están á su cargo, como lo dice el art. 538 (1).

VII. De las vías concedidas.

29. Los canales, los caminos, los caminos de fierro pueden construirse por vía de concesión. ¿A quién pertenecen las vías concedidas mientras dura la concesión? ¿cuáles son los derechos de los concesionarios? Hay una gran diversidad de pareceres sobre esta difícil cuestión; la doctrina nada tiene de preciso, y la jurisprudencia es á veces contradictoria. Comenzaremos por determinar cuál es posición de los concesionarios, según el cuaderno de cargos usados en Francia. El derecho es el mismo en Bélgica (2).

Todos los terrenos necesarios para el establecimiento del camino de fierro y sus dependencias son comprados y pagados por la compañía concesionaria (art. 21). He aquí un primer punto que es capital en el debate sobre la propiedad de las vías concedidas. Acabamos de decir que los caminos públicos pertenecen al Estado, ó á las provincias, ó á las comunas, porque el Estado, la provincia ó la comuna es el propietario del suelo. ¿Quién es el propietario del terreno en el cual se construye un camino de fierro? Evidentemente que la compañía concesionaria, supuesto que ella es la que compra, y el comprador es el propietario. ¿Se dirá que la compañía compra por el Estado y en su nombre? El cuaderno de cargos no dice eso; el Estado no interviene sino para hacer la concesión y para declarar que la vía por

1 Dalloz, en la palabra *vía por tierra*, núms. 1475 y 1533.

2 Dalloz, en la palabra *vía por camino de fierro*, núms. 97, p. 881 y siguientes.

construir es de utilidad pública. ¿Cuál es la consecuencia que de esto resulta? El art. 22 del cuaderno contesta á nuestra cuestión: «Siendo la empresa de utilidad pública, la compañía está investida, para la ejecución de los trabajos, de todos los derechos que las leyes confieren á la administración en materia de trabajo público, para la adquisición de terrenos, por vía de expropiación.» Así es que la compañía tiene el poder de expropiar, pero ella es la que compra los terrenos expropiados y la que los paga; que la compra se haga voluntariamente ó por decisión judicial, esto en nada cambia el derecho del comprador; siempre es él el propietario.

El camino de fierro construido, á expensas de la compañía, en un terreno que le pertenece, es, por esto mismo, su propiedad. Pero es una propiedad de una naturaleza enteramente especial. Ella tiene un destino público: es decir, que es una propiedad limitada, subordinada al servicio público, para el cual se concedió la vía. Ya se comprende que la compañía no puede cambiar ese destino; y debe también mantener y reparar el camino de fierro y sus dependencias, á fin de que el servicio quede asegurado. Ella está, á este respecto, sometida á la inspección permanente de la administración (art. 34). Su derecho consiste en percibir los peages durante el plazo estipulado en el acta de concesión: la duración habitual es de noventa y nueve años (art. 35).

«En la época fijada para la espiración de la concesión y por el hecho solo de esta espiración, el gobierno queda subrogado en todos los derechos de la compañía sobre el camino de fierro y sus dependencias, y entrará inmediatamente al goce de todos sus productos» (art. 36). ¿Cuáles son esos derechos en los cuales el Estado es subrogado? La disposición que acabamos de transcribir nos lo dice: es el

derecho de la compañía sobre el camino de fierro y sus dependencias, es decir, el derecho de propiedad. Sobre las dependencias, la compañía no tiene otros derechos; sobre el camino de fierro, ella tenía mientras duraba la concesión, el derecho de percibir peages; pero tal derecho ha cesado por el hecho solo de la espiración de la concesión; la compañía no puede subrogar al Estado en derechos que ella no tiene. Así, pues, hablando de subrogación á los derechos de la compañía, el cuaderno de cargos no puede entender más que la propiedad del suelo. Sucede á veces que la compañía cede sus derechos al Estado antes de la espiración de su concesión. ¿Cómo se llama este contrato? Dícese que el Estado rescata el camino de fierro: luego la compañía vende, luego es propietaria.

30. ¿La ley francesa de 15 de Julio de 1845 sobre la policía de los caminos de fierro ha modificado los principios generales, y en qué sentido? Según los términos del art. 1º, los caminos de fierro construidos ó concedidos por el Estado forman parte del camino real. Se ve que en lo que concierne á la vía pública, los caminos de fierro concedidos se asimilan á los caminos de fierro construidos por el Estado. ¿Cuál es el alcance de este principio? Cuando tuvo lugar la discusión, se dijo, y repitió, que los caminos de fierro debían considerarse como una dependencia del dominio público, y que, con tal título, eran imprescriptibles (1). Esto parece decidir la cuestión contra los principios generales, y contra las disposiciones del cuaderno de cargos que nosotros acabamos de invocar. La corte de casación así lo ha fallado casando un fallo del tribunal del Sena. Háiales parecido á los jueces de primera instancia que, según las cláusulas del cuaderno, la compañía era propietaria, y tal propiedad no les parecía incompatible con el

1 *Monitor* del 2 de Abril de 1844 (Daloz, 1845, 3, 164).

destino público del camino de fierro, supuesto que el derecho de los concesionarios estaba limitado y dominado en cierto modo por el derecho del Estado. La corte de casación se basó en la ley de 1845 y en la asimilación que ella hace de los caminos construidos y de los caminos concedidos por el Estado. Hé aquí el principio que ella deduce. Las compañías no hacen más que encargarse de una empresa de trabajos públicos ejecutados por las órdenes, sobre los planos, bajo la dirección y á cuenta del Estado, quien los recibe después de concluidos é indemniza á las compañías, concediéndoles, por un tiempo determinado, la percepción privilegiada de los peages, conforme á tarifas acordadas entre las partes contrayentes. La consecuencia que se deriva de este principio, en cuanto á la propiedad, es evidente. Ella está inmediatamente adquirida para el Estado; en cuanto al derecho de las compañías, está limitado á los productos del camino de fierro; luego ese derecho es puramente mobiliario. El tribunal del Sena había decidido que si no se quería admitir que las compañías fuesen propietarias, preciso era reconocerles al menos un derecho de goce inmobiliario. Nó, dice la corte de casación, los concesionarios no tienen ni usufruct, ni enfiteusis, ni ningún derecho inmobiliario que implique un desmembramiento de la propiedad pública (1).

31. Nosotros hacemos constar los principios contrarios, y no estamos al término de las contradicciones. La corte de casación parece creer que es imposible que una vía de comunicación esté bajo el dominio de los particulares. No obstante, ella misma ha resuelto que el canal del Sur es propiedad privada; lo que no impide que forme parte de la vía pública (núm. 14). Luego no hay incompatibilidad en

1 Sentencia de casación, de 15 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 125).

que una vía pública pertenezca á los concesionarios. Asistamos por un instante á las variaciones de la jurisprudencia en materia de canales concedidos. Se lee en una Compilación que resume la doctrina dominante y la jurisprudencia: «Los jurisperitos están de acuerdo en considerar como una propiedad privada los canales ordenados por el Estado, pero construidos por los particulares á su cuenta y riesgo. No obstante, si dichos canales no están colocados en el dominio público, están gravados con una servidumbre que consiste en la obligación de permanecer á perpetuidad en el estado de canales y de abrirse para todos los que quieran transitarlos. Además, el Estado ejerce sobre los canales una autoridad de policía y de vigilancia general que depende de que los canales son verdaderos caminos públicos» (1). Si los concesionarios de un canal pueden tener su propiedad perpetua, por más que quede afecta al servicio público ¿por qué los concesionarios de un camino de fierro no habian de poder tener su dominio durante noventa y nueve años?

La corte de casación ha consagrado esta doctrina en los mismos términos que acabamos de transcribir. Ella establece como principio que los canales pueden ser de propiedad particular á pasar de estar gravados con la servidumbre perpetua de quedarse en ese estado y de dejar paso libre á todos los que lo reclamen, conforme á los reglamentos y á las tarifas (2). La corte de casación ha fallado, además, á propósito del canal del Sur, que si bajo el punto de vista de la navegación, los canales son una dependencia del «dominio público,» nada se opone, no obstante, á que un canal construido por un particular ó una compañía, en virtud de la concesión del Estado, pueda

1 Dalloz, *Aguas*, núm. 161.

2 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1829 (Dalloz, *Aguas*, núm. 164, 1º).

constituir en manos del concesionario una «propiedad privada» (1). Hé aquí, pues, una vía de comunicación que á un tiempo mismo es del «dominio público» y propiedad privada. ¿Por qué no habría de ser lo mismo de los caminos de fierro concedidos á plazo? ¿Acaso la perpetuidad influiría en la cuestión de propiedad? Ciertamente que nó, porque si sobre un canal á perpetuidad puede haber una doble propiedad, el dominio público y el privado, con mayor razón es esto concebible durante un tiempo limitado. ¿Cuál será la parte de los concesionarios y cuál la del Estado? Puede decirse, en principio, que los concesionarios pueden hacer de su propiedad todo uso compatible con el destino público. Así es, como la corte de casación ha resuelto que los concesionarios del canal habian podido valeramente establecer una servidumbre sobre el canal no perjudicando ésta en nada á la navegación. Si los concesionarios pueden gravar con una servidumbre la vía concedida es porque son propietarios de ella, porque únicamente el propietario puede establecer una servidumbre. Sin embargo, es tal la incertidumbre que reina en esta materia, que en una exposición de motivos presentada á la cámara de diputados en 1841, si niega que los terrenos adquiridos por los concesionarios les pertenezcan, y se les reivindica para el dominio público (2). Para completar este caso de opiniones, un excelente autor pretende que las sentencias mismas que deciden que los canales son propiedad privada, consagran el principio del dominio público (3). Sí; pero ellas admiten el dominio privado. Que esto choque con nuestras ideas, sea. De todos modos es cierto que tal es la

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 254).

2 Dalloz, *via por agua*, núm. 153.

3 Aubry y Rau, t. 2º, p. 40, notas 12 y 13.

jurisprudencia concerniente á la propiedad de los canales concedidos, y no vemos de qué manera podría conciliarse con la jurisprudencia sobre los caminos de fierro.

32 La jurisprudencia se ha modificado, ó por mejor decir, á medida que se han presentado nuevas cuestiones, nuevas faces del difícil problema que se trata de resolver se han suscitado, y las cortes se han apercebido que no recibía solución absoluta. Ateniéndose á la sentencia que ha decidido que los concesionarios no tienen más que un derecho mobiliario, se podría creer que la concesión no es más que un arrendamiento que asegura al arrendatario el disfrute de los peages, quedando al Estado la propiedad y la posesión. Esto ha sido sostenido ante la corte de casación; y de ello se ha concluido que los concesionarios ni siquiera podían intentar una acción posesoria. Esto era llevar hasta sus extremas consecuencias el principio consagrado por la corte suprema. La consecuencia era inadmisibile. Si se reivindica el dominio de los caminos de fierro para el Estado, es para garantir todos los intereses que se refieren á una vía de comunicación tan importante como lo son las vías férreas. Pero rehusar á las compañías el derecho de intentar las acciones posesorias, es precisamente comprometer los intereses que se deseen amparar. ¿Acaso el Estado puede promover acción posesoria en todos los puntos del territorio? Las compañías están interesadas en reprimir las usurpaciones, é importa por lo mismo que puedan promover. ¿Pero tienen para ello derecho? Nó, si no tienen más que un derecho mobiliario; es preciso que tengan una posesión, y una posesión á título de dueño. La corte de casación volvió sobre sus pasos; niega que los concesionarios sean poseedores precarios; persiste en considerar al Estado como el único propietario de las vías férreas; pero al menos las compañías tienen el derecho de explotarlas en propio provecho; luego

tienen el derecho y hasta la obligación de vigilar la conservación de todo lo que constituye el objeto de la concesión; ahora bien, las acciones posesorias son esencialmente actos de conservación y de administración. Esto decide la cuestión (1).

Este es un primer paso hacia una nueva doctrina. Los motivos dados por la corte no justifican suficientemente su decisión. Podría decirse de los arrendatarios lo que la corte dice de los concesionarios; en cuanto á la dificultad de obrar no es ciertamente un motivo de derecho. Hay que ir más lejos, y reconocer á los concesionarios una especie de propiedad. La jurisprudencia está siempre vacilante: se inclina más bien hacia el sistema opuesto. Se ha fallado que las compañías no tienen calidad para ejercer las acciones reales que tienden á obtener la supresión de servidumbres de que estarán gravados los terrenos por ellas adquiridos: esto es una rigurosa consecuencia del principio que deniega á las compañías todo derecho de propiedad. La corte de Douai llega hasta decir que los concesionarios no disfrutan sino á título puramente precario (2). En este punto está ella en oposición con la sentencia de la corte de casación, que acabamos de citar: prueba de que nada hay de preciso ni de resuelto en la doctrina de los tribunales.

¿No ha ido la corte más lejos rehusando á las compañías toda acción real? Leese en los cuadernos de cargos (art. 29) que las compañías están autorizadas, ó por mejor decir, que están obligadas á mandar que se proceda á sus expensas al deslinde contradictorio de todas las propiedades que constituyen el camino de fierro; el Estado ni siquiera interviene, por más que sus derechos puedan verse compromete-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 117), pronunciada en virtud de un informe notable del consejero Calmetes.

2 Douai, 9 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 145).

tidos por el deslinde. ¿No es esta una prueba de que los concesionarios son más que poseedores precarios? ¿qué tienen una especie de propiedad? En efecto, la acción de deslinde deriva del derecho de dominio. «Todo propietario, dice el art. 645, puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades contiguas.» Siempre venimos á parar á la misma conclusión, y es que las compañías tienen una especie de propiedad.

33. ¿La compañía concesionaria puede vender? Se entiende que no se trata de disponer de todo ó parte de los terrenos que componen el camino de fierro y sus dependencias, en el sentido de que la cosa vendida se emplee en otro uso que aquél al cual está destinada por el acta de concesión. El concesionario no tiene derecho á cambiar el destino de la vía de comunicación cuya explotación se le ha concedido; y no es posible transferir á otro más derecho de los que uno mismo tiene. Síguese de aquí que el concesionario no tiene derecho á vender terrenos desprendidos; en este sentido la vía ferrea y sus dependencias son inalienables y por tanto, imprescriptibles (1). Pero nada impide que el concesionario ceda los derechos que tiene. El arrendamiento mismo es cedible, y con mayor razón la especie de propiedad que citamos reconociendo al concesionario: bien entendido que el comprador recibe la cosa gravada con la carga que resulta de la concesión. La única cuestión que puede debatirse es la de saber si la venta del camino de fierro puede tener lugar sin autorización del gobierno. Ordinariamente, el cuaderno de cargos prevee la dificultad y exige una autorización. Aun en ausencia de una cláusula especial, habría que resolverlo así (2).

1 Resuelto así, en materia de canales concedidos, por una sentencia de denegada apelación, de 22 de Agosto de 1837 (Daloz, en la palabra *dominio público*, núm. 47, 4°).

2 Decidido así, implícitamente por una sentencia de denegada apelación, de 15 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 225).

El concedente no tiene derecho sino en virtud de un acto de la autoridad pública; es de la esencia de la concesión que el gobierno acepte al concesionario; debe, pues, aceptar también al comprador, supuesto que toma el lugar del cedente. El tribunal del Sena había propuesto una distinción; admitía que la concesión misma, acto de la autoridad pública, no podía pasar de una á otra mano sin la intervención de esa misma autoridad; pero pensaba que el concesionario podía ceder los derechos que debía á la concesión. Esta distinción, por más que no haya sido rechazada formalmente por la corte de París, ni por la de casación, no podría admitirse. En efecto, precisamente, porque la concesión da derecho de explotar en provecho de un particular una vía de comunicación, es por lo que el gobierno debe autorizarla: el derecho de explotar es toda la concesión. Luego la autoridad pública que autoriza la concesión primitiva debe autorizar también la venta que de ella se haga.

34. ¿El camino de fierro puede ser embargado por los acreedores de los concesionarios? En principio, y según el derecho común, la cuestión debe resolverse afirmativamente. Los bienes que pueden venderse pueden también ser embargados. Ahora bien, acabamos de decir en qué sentido es permitida la venta. En el mismo sentido, el embargo debe serlo. Es preciso desde luego que sea el camino de fierro íntegro el que se expropia; no habiéndose hecho la concesión por partes, es por esto mismo indivisible. Es preciso, además, que el adjudicatario obtenga la autorización del gobierno, porque no puede haber venta sin dicha autorización; la venta forzosa, lo mismo que la voluntaria, se hace, pues, con la condición suspensiva del consentimiento de la autoridad pública (1). Hay una decisión contraria del

1 Lyon, 2 de Febrero de 1849 (Daloz, en la expresión *venta pública de inmuebles*, núm. 79).