

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 (Daloz, 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 (Daloz, 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 pueda 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 oscuro, 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 trastorno 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



el principio que prohíbe la prescripción de las servidumbres discontinuas; hace veces de título, por lo que debe admitir la posesión para interpretar el título ó completarlo.

102. Esta doctrina nos parece muy dudosa. Por lo menos es muy absoluta. Hay un caso en el cual el propietario del predio sirviente puede pedir el cambio de lugar de la servidumbre. Si, dice el art. 701, la designación primitiva se hubiese hecho más onerosa al propietario del predio sometido, ó si le impidiese hacer reparaciones ventajosas, él podría ofrecer al propietario de la heredad dominante un sitio igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y éste no podría rehusarlo. Esta disposición prevee especialmente el caso en que la servidumbre está establecida por título, es decir, por la voluntad del hombre. Con mayor razón es aplicable cuando la servidumbre está establecida por la ley, á pesar del propietario del predio sometido, el cual se halla sujeto á una carga onerosa sin su voluntad. Ciertamente es que él consiente, expresa ó tácitamente, en que el paso se ejerza por tal ó cual parte de su predio; pero este consentimiento que también es forzado, puesto que es la consecuencia necesaria de la servidumbre legal, no puede tener más efecto que un consentimiento puramente voluntario. He aquí una primera restricción á la opinión generalmente admitida.

No es esto todo. Nosotros hemos enseñado que la designación de un predio para el ejercicio de la servidumbre nada tiene de irrevocable. El principio fundamental en esta materia es que el paso por causa de enclave se haga por aquél de los predios vecinos al cual es menos perjudicial. Ahora bien, la condición de los predios puede cambiar; el predio por el cual sería el trayecto más corto era un predio edificado; por consiguiente, la servidumbre fué impuesta á un predio no edificado, por el cual es más

largo el trayecto. Si este estado de cosas cambia, si el edificio es derrumbado, y si el propietario del fundo por el cual se ejerce el paso quiere construir, ¿por qué no había de poder pedir el cambio de lugar de la servidumbre? Tal es ciertamente el espíritu del art. 701, y también en este espíritu debe interpretarse la servidumbre de enclave. Ella pesa sobre todos los predios vecinos, y siempre el que se perjudica menos es el que debe soportarla. Si estos cambios en la servidumbre de enclave pueden hacerse cuando el ejercicio de la servidumbre ha sido arreglado por convenio, hay que admitir que con mayor razón pueden hacerse cuando el modo de ejercer la servidumbre está establecido por la prescripción; porque ésta nunca es otra cosa que un consentimiento presunto, y un consentimiento presunto no puede ser más irrevocable que uno expreso.

Nosotros vamos más lejos. A nuestro juicio, no puede haber prescripción en esta materia. La servidumbre de enclave está establecida por la ley por un interés público. La ley también arregla el modo de ejercerla, y lo hace consultando el interés general tanto como el interés de las partes. Así es como ella quiere que el paso se tome del lado en que es más corto el trayecto del predio enclavado á la vía pública; ella quiere que se fije en el lugar el menos perjudicial. Resulta de esto que, por interés público, esta servidumbre es esencialmente variable. Una sentencia de la corte de Lyon decide que todos los años el propietario del predio sirviente puede señalar al propietario del predio dominante un paso unas veces de un lado, otras del otro, en el sitio menos perjudicial para sus cosechas (1). Tal es el verdadero espíritu de la ley. ¿De qué se quejaría el propietario enclavado? tiene derecho al paso, y se le procura en las condiciones requeridas por la

1 Lyon, 28 de Julio de 1833 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 892).