

ley. Pudiendo variar las condiciones, la servidumbre también debe variar en su asiento. Lo que es verdad de un predio lo es de todos los vecinos, porque todos están obligados á procurar el paso, todos están gravados con la servidumbre de enclave; si el paso se ejerce primero por uno de los predios, no es porque éste solo esté sujeto, sino porque, en razón del estado de las heredades, la servidumbre era menos dañosa para este predio. Se supone que en seguida le es más perjudicial, y no obstante esto, se mantendrá el asiento primitivo. Esto es ponerse en oposición con la voluntad formal del legislador: el paso debe fijarse allí en donde cause menos daño, y en principio, por donde es más corto el trayecto. Esto es de interés público; ahora bien, no se deroga el interés público con convenios, y jamás se prescribe contra el interés público.

Las sentencias hacen objeciones. Después de treinta años, dice la corte de Grenoble, el propietario enclavado ya no puede pedir el paso por otros fundos, porque deja de estar enclavado, supuesto que goza de un paso que no puede quitársele (1). En este sentido, agrega la corte de Nancy, es como el art. 685 dispone que el paso debe ser *continuado*, por más que después de treinta años prescriba la acción de indemnización (2). Esta argumentación no es seria. El propietario está enclavado por el hecho sólo de que no tiene ninguna salida propia á la vía pública; si tiene un paso por el predio de su vecino, precisamente es porque está enclavado; pero la ley somete la servidumbre de enclave á condiciones particulares; debe ejercerse siempre, y en cualquier tiempo, sobre el predio al cual es menos perjudicial. Esto no impedirá que continúe después de treinta años, aunque prescriba la acción de indemnización. Ella *continúa* porque es permanente, perpetua, en el

1 Grenoble, 7 de Junio de 1860 (Daloz, 1861, 5, 452).

2 Nancy, 30 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 5, 453).

sentido de que por todo el tiempo que subsista el enclave, debe procurarse el paso al propietario enclavado. Y si el propietario del fundo sometido pidiese y obtuviese que el paso se ejerza por otro predio, se entiende que debería restituir la indemnización que hubiere percibido, ó indemnizar al propietario enclavado, si éste debiese una indemnización en razón del nuevo asiento del paso, porque después de treinta años el propietario enclavado tiene derecho á un paso sin indemnización (1).

103. En la opinión general, la manera de ejercer la servidumbre de enclave prescribe por una posesión de treinta años. Difícil es conciliar esta doctrina con el principio formulado por los arts. 690 y 691, por cuyos términos las servidumbres discontinuas no se adquieren por la prescripción, y por consiguiente, tampoco la manera de ejercerlas. Se presentan otras dificultades en la aplicación de la opinión aceptada por los autores y la jurisprudencia. La posesión es la base de la prescripción y la posesión debe reunir los caracteres determinados por el art. 2229. Principalmente debe ser continua. Y ¿cómo encontrar la continuidad en una servidumbre que puede variar de asiento de un año para el otro? Ciertamente es que en el caso juzgado por la corte de Lyon (núm. 102) no podía haber prescripción, puesto que todos los años cambiaba el asiento de la servidumbre. La corte de casación ha resuelto que la acción de indemnización prescribía después de treinta años, por más que el paso se hubiese ejercido en diversos puntos del predio sometido (2). En esto no cabe la menor duda, puesto que la prescripción de la acción de indemnización corre desde que se ejerce la servidum-

1 Compárese Vazeille, "De las prescripciones," t. 1^o, núm. 409.

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Marzo de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 894). Compárese Metz, 19 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 52).

bre. Pero es igualmente cierto que en este caso, la manera de ejercer la servidumbre no estaba prescrita, supuesto que el paso no tenía asiento fijo, lo que excluye la continuidad de la posesión. Puede también suceder que la acción de indemnización no pueda prescribir cuando el paso se ejerce unas veces por un predio y otras ocasiones por otro perteneciente á un propietario diferente; se ha fallado que en esta hipótesis la acción de indemnización no estaba prescrita, porque la prescripción no reunía las condiciones requeridas por la ley (1); otro tanto hay que decir del asiento de la servidumbre.

104. Hay una dificultad muy seria, en la opinión generalmente admitida, cuando el predio por el cual se ejerce el paso es un predio dotal. Se supone que ese predio no presenta el trayecto más corto para llegar á la vía pública. Y no obstante esto, ¿la servidumbre continuará ejerciéndose después de treinta años? La corte de casación ha fallado que en el caso de que se trata era imposible la prescripción, puesto que tendía á gravar un predio inalienable con una servidumbre legal fuera de las condiciones requeridas por la ley. En efecto, aun cuando la servidumbre puede constituirse en todas las heredades vecinas, *debe*, dice el código, tomarse del lado por donde el trayecto es el más corto desde el predio enclavado á la vía pública (art. 683). Luego el predio dotal no debía gravarse con la servidumbre en virtud de la ley, y como es inalienable no puede desmembrarse sino en virtud de la ley (2). La decisión es muy jurídica; pero ¿no debe irse más lejos, y decir que una servidumbre establecida por la ley, por interés general, jamás puede ser contraria, en su ejercicio, á las condiciones que la misma ley determina?

1 Besançon, 17 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 31).

2 Sentencia de denegada apelación, 20 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 110) aprobada por Aubry y Rau, t. 3º, p. 31, nota 30, criticada por Demolombe, p. 104, núm. 625.

II. Efectos de la prescripción en cuanto á la indemnización.

105. El art. 685 dice que la acción de indemnización es prescriptible. ¿Cuál es esta acción? Es claro que no es la acción en pago de la indemnización, ésta prescribe según el derecho común: lo que ni era necesario decirlo. Pero para que haya lugar á la indemnización, se necesita que se fije la deuda, lo que supone que se ha determinado el asiento de la servidumbre, sea por convenio, sea por fallo, y que el contrato voluntario ó judicial ha reglamentado también el importe de la indemnización. El art. 685 no habla de este caso que era inútil preveer, puesto que es la aplicación de los principios elementales de derecho. El artículo trata de la "acción de indemnización," es decir, que el propietario del predio por el cual se reclama el paso tiene contra el propietario enclavado, para mandar reglamentar la indemnización á la cual está obligado en virtud del art. 682. Se ha preguntado si esta prescripción es adquisitiva ó extintiva. De antemano hemos contestado á la pregunta, al establecer que la servidumbre de enclave jamás se adquiere por la prescripción (núm. 99), por la excelente razón de que el paso se funda en la ley. El propietario enclavado nada tiene que adquirir por la posesión si no es en la opinión general, la manera de ejercer el paso cuando el ejercicio de la servidumbre no está reglamentado convencionalmente. En nuestra opinión, la posesión está siempre subordinada á la ley (núm. 102), de suerte que el propietario enclavado no adquiere nada por la posesión, la posesión no es eficaz sino cuando es conforme á la ley, lo que equivale á decir que la ley es la que confiere todos los derechos al propietario enclavado; pero se los confiere con una condición, y es que indemnice al propietario por cuyo fundo pasa, del perjuicio que le origina. Esta obligación del propietario enclavado da un derecho

al propietario del predio gravado con la servidumbre de paso: esto es lo que el art. 685 llama la acción de indemnización. La acción es prescriptible, dice la ley, es decir, que debe intentarse dentro de los treinta años, como toda acción; si el propietario sometido permanece treinta años sin promover, su derecho se extingue en el sentido de que el propietario enclavado puede rechazarlo por la prescripción. Luego se trata de una prescripción extintiva. Esto es tan evidente, que no valdría la pena de hacerlo notar, si no se presentara en la aplicación una especie de singularidad que á primera vista puede sorprender á los que no están iniciados en la ciencia del derecho. Se lee en todos los autores y en todas las sentencias que la prescripción de la acción de indemnización, aunque sea exclusiva; exige una posesión revestida con los caracteres exigidos en materia de usucapión (1). ¿No equivale esto á decir que la prescripción de que habla el art. 685 es á la vez extintiva y adquisitiva?

En la opinión general esto es cierto. El propietario enclavado que ejerce durante treinta años el paso por un predio, adquiere con esta larga posesión una servidumbre sobre ese fundo, en el sentido de que su asiento está irrevocablemente fijado por la prescripción. Y al mismo tiempo que adquiere por la prescripción adquisitiva la manera de ejercer el paso, se emancipa de la obligación de pagar la indemnización, si el propietario del predio ha permanecido durante treinta años sin intentar su acción. Sigue se de aquí que la prescripción extintiva se confunde con la adquisitiva y que toma sus caracteres. Nosotros hemos rechazado esta opinión. No obstante, mantenemos el principio admitido por la doctrina y la jurisprudencia, de que

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30, nota 25, y las autoridades que citan, Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 867. Hay que agregar, Lieja, 2 de Junio de 1849 (*Pasierisia*, 1850, 1, 289), y 11 de Abril de 1861 (*Pasierisia*, 1861, 2, 321).

la prescripción de la acción de indemnización, por más que sea extintiva, exige una posesión de la misma naturaleza que la prescripción adquisitiva.

En efecto, la acción de indemnización implica que el propietario enclavado ejerce el paso por el predio vecino; es el ejercicio del paso, es decir, la posesión de la servidumbre lo que origina la acción; y para que la acción prescriba, naturalmente se necesita que el propietario enclavado continúe ejerciendo el paso, y que este ejercicio tenga todos los caracteres de una posesión requerida para la prescripción, porque únicamente el ejercicio del paso á título de servidumbre es lo que hace nacer la acción de indemnización, y lo que, por consiguiente, pone al propietario del predio sirviente en aptitud de promover. Nosotros hemos visto aplicaciones de este principio al tratar de los efectos de la prescripción en lo que concierne á la manera de ejercer el paso si suponemos que el propietario enclavado pasa unas veces por un predio, y otras por otro, su posesión no será continua; no podría servir de base á una prescripción adquisitiva, y la prescripción de la acción de indemnización tampoco correrá. Para que corra, se necesita que se sepa quién tiene derecho, quién puede promover; mientras se ignore en cuál de los predios va á ejercerse el paso, ó habría que decir que todos tienen el derecho de promover, lo que es absurdo, puesto que, según la ley, el paso jamás puede ejercerse sino por uno de los predios, aquél que es el menos perjudicable, núm. 103. Pero si el paso se ejerce durante treinta años por el mismo predio, aunque unas veces por una parte de este predio, y otras veces por otra, esto no impedirá que se lleve á cabo la prescripción extintiva, porque el paso tiene lugar por un predio determinado, á título de servidumbre, lo que basta para poner al propietario del predio en aptitud de promover. Luego, en definitiva, la prescripción de

la acción de indemnización se funda en la posesión del propietario enclavado, y esta posesión debe tener los caracteres que se requieren para la prescripción adquisitiva (1).

106. Hay alguna dificultad en la aplicación del principio en lo concerniente al principio de la prescripción. ¿Comienza ésta á contarse desde el día en que la servidumbre de paso es reclamada y reglamentada, por convenio ó por fallo? ¿ó desde el día en que se ejerce el paso á título de servidumbre legal, aun cuando no hubiese ni convenio ni reglamento judicial? La cuestión es importante, porque muy á menudo sucede que el paso se practica sin que esté reglamentado su ejercicio. La opinión general, con excepción de algunos disidentes que han quedado aislados, es que la prescripción corre desde el día en que se ejerce la servidumbre legal. Esta es una consecuencia lógica de los principios que rigen la servidumbre de paso, así como de los principios sobre la prescripción. El paso por causa de enclave está establecido por la ley, únicamente su ejercicio es lo que deben reglamentar las partes interesadas, pero puede suceder que sea inútil tal reglamento. No hay más que un solo predio por el cual pueda pasar el propietario enclavado; y en este predio único no hay más que un solo paraje, el menos perjudicial, por el cual pueda ejercer el paso: en este caso, el estado de los sitios es lo que sirve de norma. El propietario enclavado pasa porque hay necesidad; luego ejerce la servidumbre, tanto como si se hubiera determinado por convenir el asiento de la servidumbre. Por lo tanto, la prescripción debe correr, porque el vecino está en aptitud de reclamar su indemnización.

Si se ha sostenido la opinión contraria, es porque el

1 Duranton, t. 5º, p. 1168, núms. 429 y 430; Marcadé, t. 2º, p. 602, art. 682, núm. 3.

art. 682 supone que el propietario enclavado debe antes que todo "reclamar" el paso. De aquí se ha concluido que la servidumbre no existe de pleno derecho, que el propietario enclavado tiene únicamente una acción para obtenerla, acción que se ha comparado á la que nace de la expropiación por causa de utilidad pública. En esta opinión el propietario del predio por el cual se ejerce el paso no puede pedir indemnización sino cuando se ha acordado la servidumbre; su acción es de pago más que de indemnización, porque ésta se arregla necesariamente en el momento en que queda establecido el paso, del mismo modo que no hay expropiación sin reglamento de la indemnización. Si no tuviéramos más disposición que la del art. 682, habría una dificultad de texto, pero ésta desaparece en presencia del art. 685. Este abre al propietario del predio por el cual se ejerce el paso una "acción de indemnización," lo que supone que el paso se ejerce sin que se haya arreglado la indemnización, por consiguiente, sin que haya un acuerdo acerca del asunto de la servidumbre. No se habla de una acción perteneciente al propietario enclavado, luego éste no tiene necesidad de promover para tener derecho al paso, su derecho está escrito en la ley, y ésta no hace más que consagrar la necesidad. El art. 685 explica el 682; resulta del texto de estas disposiciones así como del espíritu de la ley, que la palabra "reclamar" no tiene el sentido que se le da, ó si se quiere, que el derecho está "reclamado" por el hecho solo que se "ejerce" la servidumbre (1).

La jurisprudencia se halla en este sentido. Se ha sostenido ante la corte de casación que no puede ejercerse el

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 30 y notas 26 y 27. Demante, t. 2º, página 634, núm. 539 bis, 1º. Demolombe, t. 11, p. 112, núms. 634, 635. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 221, núm. 326. En sentido contrario, Valette y Mourlon (*Repeticiones*, t. 1º, p. 800).

paso antes de que la servidumbre esté arreglada contradictoriamente, puesto que el ejercicio sin reglamento sería una vía de hecho, una verdadera usurpación. La corte no ha admitido este sistema (1). Pueden presentarse casos en que sea necesario un reglamento de servidumbre. Supongamos que haya varios predios por donde pueda ejercerse el paso; el vecino por cuyo predio el propietario enclavado quiere pasar niega que su heredad sea aquella á la que va á ser menos perjudicial la servidumbre, ó aquella por la cual sea más corto el trayecto; el propietario enclavado pasa sin tener en cuenta tales reclamaciones. Se entabla un pleito: la servidumbre se establece en otro predio. El propietario enclavado es culpable, en este caso, de vías de hecho, porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Pero á la vez, en este caso, no habrá dificultad sobre el principio de la prescripción, supuesto que el asiento de las servidumbres se hallará arreglado judicialmente. Y si el paso se ejerce sin disputa alguna, aunque sin reglamento, ya deja de haber usurpación, supuesto que la servidumbre tiene su principio en la ley, y el silencio del propietario interesado equivale á consentimiento; así; pues, la equidad está de acuerdo con el derecho.

107. Puede suceder que el paso se ejerza por varios predios pertenecientes á diferentes propietarios. ¿Habrá tantas prescripciones diversas de la acción de indemnización como diversas heredades? La afirmativa nos parece clara. En efecto, cada propietario tiene un derecho propio, que nace del daño que le ocasiona la servidumbre. Luego el derecho del uno es enteramente independiente del derecho del otro. Se ha invocado ante la corte de casación el principio de la indivisibilidad de las servidumbres para concluir que la prescripción, suspensa respecto á uno

1 Sentencia de denegada apelación, 23 de Agosto de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 820, 2°).

de los propietarios sometidos, lo está por ese hecho respecto á los demás. La corte ha rechazado esta opinión que reposa en una verdadera confusión de ideas. Se lee en la sentencia que el principio de indivisibilidad debe aplicarse cuando el predio sujeto pertenece al mismo propietario, y que en este concepto es como la servidumbre de paso no puede prescribir por fracción (1). Mejor habría sido decir, que en el caso de enclave, la cuestión no es de prescribir la servidumbre de paso, supuesto que ésta existe en virtud de la ley. Lo que prescribe es la acción de indemnización, acción puramente personal, que nada tiene de común con la indivisibilidad de las servidumbres.

107 *bis*. Los principios que acabamos de exponer suponen que hay enclave, en el sentido legal de la expresión, tal como la hemos definido siguiendo la doctrina y la jurisprudencia. Si el propietario no está enclavado, no tiene derecho á un paso por causa de enclave. En consecuencia, el se halla bajo el imperio de los principios generales que rigen la adquisición de las servidumbres. Lo que equivale á decir que no podrá reclamar paso en virtud del art. 682, y como el paso es una servidumbre discontinua, él no podrá invocar la posesión para establecer su derecho, necesitará un título. El destino del padre de familia no sería suficiente, supuesto que también exige la continuidad de la servidumbre. Síguese de aquí que si no hay enclave, ya no puede tratarse de la prescripción de la acción de indemnización; porque esta acción supone la existencia de un paso fundado en el enclave. Luego la primera cuestión que los tribunales tendrán que examinar, en esta materia, será si hay ó no enclave. Si el predio no está enclavado, por larga que haya sido la posesión, nin-

1 Sentencia de denegada apelación, 31 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1861, 1, 376).

gún derecho dará al que ha ejercido el paso, ni á aquél por cuyo predio se ha practicado: será un paso de pura tolerancia, lo que excluye á la vez la idea de una servidumbre y el derecho á una indemnización (1).

Núm. 3. Efectos de la servidumbre de paso.

108. El paso que el propietario enclavado ejerce es una servidumbre. Luego hay que aplicar los principios generales que rigen los derechos y las obligaciones de los propietarios del predio dominante y del predio sirviente. El propietario enclavado no puede pedir que el vecino le ceda la propiedad del terreno por el cual debe ejercerse el paso, porque no se trata de una expropiación. Por la misma razón, el vecino no puede obligar al propietario enclavado á que compre el terreno por el cual pasa; el artículo 682 dice cuáles son estos derechos: debe ser indemnizado del daño que el ejercicio del paso le ocasiona.

Siendo el paso una servidumbre, el propietario enclavado no tiene más que los derechos que pertenecen á aquél que disfruta de una servidumbre de paso. El no puede edificar en el fundo sirviente, como se deja entender; no puede tener en él luces y vistas sino con las condiciones determinadas por la ley, puesto que éstas caerían hacia la propiedad ajena. No puede ceder el paso á un tercero, porque las servidumbres son inherentes al predio; esto es así sobre todo del paso en caso de enclave, supuesto que sólo en razón de éste se le ha otorgado al propietario (2).

1 Demante, t. 2º, p. 634, núm. 539 bis, 1º; Lyon, 18 de Enero de 1827 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 888); Nancy, 23 de Enero de 1838 (Daloz, *ibid.*, núm. 819, 3º). Besançon, 16 de Julio de 1866, (Daloz, 1866, 2, 130).

2 Durantón; t. 5º, p. 472, núm. 432. Demolombe, t. 12, p. 119, núms. 636, 637.

109. El propietario del predio sujeto tiene los derechos que pertenecen á aquellos cuyos fundos están gravados con una servidumbre de paso. El puede abrir, en el terreno que sirve de camino de paso, ventanas de aspecto, supuesto que le pertenece. En ciertos conceptos, sus derechos son más extensos que según el derecho común. Esta no es una servidumbre voluntaria, sino forzada. Está en la mente de la ley que se concilien los derechos del propietario sometido con los derechos del propietario enclavado. Se ha fallado por aplicación de estos principios que el propietario del predio sirviente podía todos los años señalar el paraje menos perjudicial para el ejercicio del derecho de paso, núm. 94. Conforme al mismo principio es como debe decidirse la cuestión de saber si puede cercarse. En otro lugar hemos dicho que el art. 647 no es un obstáculo para el ejercicio de este derecho, t. VII, núm. 441. Entiéndase que la cerca debe ser tal que no embarace el derecho de paso. Durantón enseña, contra la opinión de Voet, que el propietario sometido no podría cerrar el paso por medio de una puerta ó de una barrera, ofreciendo al dueño del predio enclavado una llave para pasar (1). Esto nos parece de un rigor extremo. Cuando se trata de una servidumbre ordinaria, se puede invocar el art. 701, que prohíbe al propietario del predio sometido que haga nada con tendencia ó volver más *incómoda* la servidumbre. Pero el paso en caso de enclave, por más que sea una servidumbre, debe interpretarse en otro concepto que el derecho riguroso que nace de un convenio. Un paso ordinario se estipula por razones de comodidad; luego se concibe que no pueda hacerse menos cómodo, porque esto sería faltar á la ley del contrato. Mientras que, en caso de enclave, el paso se establece por causa de

1 Durantón, t. 5º, p. 473, núm. 434. Compárese Demolombe, t. 12, p. 21, núm. 638.