

decidir nuestra cuestión, con qué título disponen del agua los ribereños; siendo que disponen, pueden consentir en algunas restricciones á su derecho de disposición. De aquí nacerá una servidumbre análoga á la del art. 641, en materia de manantiales (1).

236. Si puede haber servidumbre por título, podría también haberla por destino del padre de familia, con tal que la servidumbre sea continua y aparente. Nosotros suponemos que la servidumbre reúne esos dos caracteres, y más adelante probaremos que la servidumbre que consiste en asegurar á un predio el uso de las aguas que corren sobre otro predio es una servidumbre de acueducto, luego continua y aparente, si se anuncia por signos exteriores. Sin embargo, se debate la cuestión. La corte de casación ha fallado que las aguas pluviales que corren por la vía pública á nadie pertenecen, y que no son susceptibles de una posesión exclusiva. Si esto es así ¿no debe inferirse que ellas no pueden ser objeto de un derecho de servidumbre, siendo ésta por naturaleza tan exclusiva como la propiedad? Tal no es la conclusión de la corte. El ribereño, dice ella, puede tomar al paso las aguas pluviales y emplearlas como se le ocurra; luego también puede concederlas á su vecino, sea por título, sea por destino del padre de familia (2). Sin duda que el ribereño puede disponer de las aguas que tiene en su posesión. Pero aquí vuelve á presentarse la objeción que acabamos de hacer. Cuando se establece una servidumbre, no se trata únicamente de las aguas que posee uno de los ribereños, se trata de todas las aguas que caigan á la vía pública, y que ciertamente no las posee el ribereño. Hay que decir más:

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 45, nota 7, y las autoridades citadas en la nota precedente.

2 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Julio de 1845 (Daloz, 1845, 1, 385). Burdeos, 7 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 82).

aun cuando el ribereño jamás haya disfrutado del agua, basta que tenga el derecho de disfrutar para que pueda limitarlo en provecho de otro ribereño. Pero ¿realmente tiene ese derecho? y ¿con qué título? La sentencia de casación no da la solución de esa dificultad.

La corte de Colmar ha fallado que las aguas pluviales no son susceptibles de servidumbre, porque los ribereños nunca las disfrutaban á título de derecho, sino por tolerancia del propietario superior, y la tolerancia excluye toda idea de derecho (1). La objeción es seria, pero no es decisiva. ¿Respecto á quién es de tolerancia la posesión? Respecto al propietario del fundo en el cual caen las aguas, porque éste puede siempre retenerlas y derivarlas, y el goce más prolongado del propietario inferior no le quita ese derecho; en este sentido dicho goce es precario. Pero precario y todo, el goce de los propietarios inferiores puede ser objeto de convenios; si de él puede originarse una servidumbre convencional, también puede haber lugar á destino del padre de familia. La servidumbre, bajo cualquier título que se establezca, será precaria como la posesión que es su objeto, en el sentido de que no existirá sino por todo el tiempo que el propietario superior no use de su derecho de retener las aguas y desviarlas. Semejante servidumbre habría chocado á los jurisconsultos romanos, que no habrían reconocido en ella el carácter de una verdadera servidumbre, al cual llamaban la perpetuidad de la causa. Pero la mencionada servidumbre nada tiene de contrario á los principios del código, que es menos riguroso que el derecho romano; quizás á la influencia de las ideas romanas se debe que Troplong se haya pronunciado contra esta servidumbre de aguas, cuya propiedad, según él, á ninguno pertenece. “¿Qué cosa es un destino, exclama, para que someta á servidumbre pri-

1 Colmar, 26 de Mayo de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 357).

vada una cosa que á todos pertenece? ¿No es esto un esfuerzo estéril, una ilusión de la voluntad? (1). Hay todavía otra respuesta á esta objeción, la que presentaremos al examinar la cuestión de la prescripción, en donde dicha objeción vuelve á presentarse en toda su fuerza.

237. ¿El propietario inferior puede adquirir la servidumbre por prescripción? Esta cuestión es muy controvertida y es dudosa. Desde luego hay que separar la autoridad de la tradición romana. Los jurisconsultos romanos enseñan formalmente que la posesión de las aguas pluviales no puede fundar prescripción. ¿Pero qué razón hay para esta imprescriptibilidad? No es, como se dice en nuestros días, porque dichas aguas sean una cosa *nullius*, sino porque las aguas pluviales sólo caen por accidente; y no teniendo una existencia constante, la servidumbre no tendría causa perpetua. Ulpiano y Pablo lo dicen con todas sus letras (2). No entraremos en el debate de la causa perpetua, puesto que se ha reconocido que esta doctrina es extraña al derecho moderno. En este sentido, la corte de Colmar la ha calificado de *anticuada* (3); lo que no impide que influencie á los mejores ingenios sin que se aperciban de ello.

La cuestión se presenta para las aguas pluviales que caen en un predio privado y para las que caen en la vía pública. ¿Hay razones para rechazar la prescripción de una manera absoluta? Nosotros creemos que ningún principio de nuestro código se opone á la prescripción. Para que una servidumbre pueda adquirirse por prescripción, se necesita antes que todo que sea continua y aparente. ¿La servidumbre de que se trata reúne estos dos caracteres?

1 Troplong, *De la prescripción*, núm. 147. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 45 y nota 3.

2 Ulpiano, L. 1º, pfo. 5, D., *aqua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1º, párrafo 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Pablo, L. 28, D., *de servitute* (VII 1).

3 Colmar, 24 de Agosto de 1850 (Daloz, 1855, 2, 181).

Ya se pone en duda este primer punto, pero infundadamente, á nuestro parecer. ¿En qué consiste la servidumbre reclamada por el propietario inferior? En una conducción de agua; en efecto, los trabajos que él hace no tienen más objeto que conducir las aguas á su predio, derivándolas sea del predio superior en donde se recogen, sea directamente de la vía pública. Para llevarlas á sus terrenos, emprende trabajos que nosotros suponemos aparentes; no hay debate acerca de este punto; la servidumbre es, pues, aparente. También es continua, y aquí tenemos un texto que nos dispensa de toda discusión; el art. 688, que define las servidumbres discontinuas, da como ejemplo las conducciones de agua (1). Luego la servidumbre es todo á la vez, continua y aparente. Queda por saber si la posesión trentenaria requerida para la prescripción, artículo 690, reúne las condiciones apetecidas por la ley. Aquí entramos á la verdadera dificultad.

Según los términos del art. 2229, la posesión debe ser continua. Se pretende que la posesión de las aguas pluviales no podría serlo, supuesto que necesariamente hay intermitencias. La objeción reposa en una falsa idea de la continuidad que la ley exige como condición de toda posesión que sirve de base á la prescripción. Esto no quiere decir que el goce debe ser continuo, sino que el poseedor debe ejecutar los actos de posesión que, según la naturaleza de la cosa, puede y debe hacer. ¿La posesión de las aguas de un manantial es continua, permanente? Cuando se emplean en la irrigación, no se sirven de ellas sino en ciertos días y á ciertas horas, y aun este goce se hace imposible cuando la sequía agota los manantiales. No obstante, el código admite la prescripción de las aguas de ma-

1 Sentencia de la corte de casación, de los Estados sardos, de 18 de Mayo de 1855, ha decidido que la servidumbre de que estamos tratando es discontinua (Daloz, 1855, 2, 241).

nantial, ¿por qué no había de admitir la de las aguas pluviales? ¿Se dirá acaso que el código consagra expresamente una (art. 641), lo que implica que rechaza la otra? Este argumento sacado del silencio de la ley, ningún valor tiene en el presente caso; la ley no habla de las aguas pluviales, ni de la propiedad de estas aguas ni de las servidumbres que su uso origina; ¿se inferirá de esto que el que recibe las aguas pluviales en su predio no se vuelve propietario? No insistimos, porque esto no es serio.

Se lee aún en las sentencias que la posesión de las aguas pluviales no es una posesión no interrumpida, como lo exige el art. 2229. La objeción es un error, y el error recae en un principio elemental de derecho. En el título de la *Prescripción*, diremos que la posesión está *interrumpida* cuando hay interrupción de la prescripción. Ahora bien, nosotros estamos suponiendo que no ha habido ninguna interrupción. Es, pues, un contrasentido jurídico afirmar que la posesión de las aguas pluviales es, por su naturaleza, una posesión interrumpida. La objeción de que esta posesión es necesariamente equívoca carece ya de valor. Se quiere decir que es una posesión que no se funda sino en la tolerancia, lo que sería una posesión precaria y equívoca, en el sentido de que no se sabría si es una posesión á título de propietario ó á título precario. ¿Porqué había de ser equívoca por naturaleza la posesión de las aguas pluviales, mientras que la posesión de las aguas de manantial no lo es? En vano buscamos la razón de esta diferencia. ¿Será acaso porque las aguas pluviales tienen menos utilidad? Si no fueran útiles no se disputaría su goce, y no tendríamos necesidad de discutir la cuestión (1).

238. Bajo el punto de vista de los principios generales que rigen la prescripción, nada hay que se oponga á que

1-Véase acerca de todos estos puntos una excelente nota de Mourlon, inserta en la "Complicación periódica" de Dalloz, 1865, 2, 97.

la servidumbre de conducción de agua se adquiere por prescripción, cuando se trata de aguas pluviales. Queda en pie la objeción que resuena en todas las sentencias, y que Troplong ha reproducido (1). La servidumbre no se concibe cuando se funda en *res nullius*. Precisemos desde luego la dificultad, porque mientras estemos en la vaguedad, no sabremos sobre qué discutimos. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad; implica que la cosa que es su objeto es susceptible de propiedad; es así, que la *res nullius* se escapa á toda apropiación, luego no es susceptible de servidumbre. Más de una respuesta hay que dar á la objeción. Nosotros hemos insistido mucho en la servidumbre que grava el predio en donde nace un manantial (art. 641). ¿Cuál es su objeto? Como toda servidumbre, es una restricción en la propiedad; es decir, que el propietario del predio en donde nace el manantial pierde, por el establecimiento de la servidumbre, un derecho que tiene como propietario del fundo para usar á su antojo las aguas, como puede usar á su antojo todo lo que le pertenece de plena propiedad. Pues bien, las cosas pasan absolutamente lo mismo cuando se trata de aguas pluviales. Esto es claro, cuando las aguas pluviales caen en un predio privado y cuando la prescripción se adquiere contra el propietario de dicho fundo; en este caso, hay identidad absoluta. El dueño del predio superior tiene, como propietario, el derecho de usar á su antojo de las aguas pluviales que acceden á su predio; pierde este derecho, su predio cae en servidumbre cuando el propietario inferior ha prescrito contra él. ¿Se dirá que él prescribe una "res nullius?" Esto carece de sentido; él prescribe contra el derecho absoluto de propiedad del propietario superior,

1 La doctrina y la jurisprudencia están citadas en la nota de Mourlon de que acabamos de hablar. Compárese, Dalloz, *Servidumbre*, números 345 y 352.

y ¿acaso el derecho ilimitado que pertenece al dueño del predio es una "res nullius?"

Supongamos ahora que se trate de aguas pluviales caídas en la vía pública. El ribereño superior las ha derivado para su predio. ¿Puede el ribereño inferior prescribir contra él? es decir, ¿puede por medio de la prescripción limitar el derecho que tiene el ribereño superior de usar las aguas que él ha derivado de la vía pública? Esta hipótesis se confunde realmente con la que acabamos de examinar. En efecto, desde el momento en que las aguas pluviales entran al predio superior, se vuelven objeto de una propiedad absoluta, tanto como las que caen directamente sobre su fundo. Luego su derecho de propiedad puede estar restringido por la prescripción. Se objeta que hay una diferencia; las aguas pluviales que caen sobre un predio privado se vuelven directa é inmediatamente propiedad del dueño de dicho predio, mientras que el ribereño de la vía pública ningún derecho directo tiene en las aguas que se hallan en la vía; él no adquiere derecho en esas aguas sino por una concesión tácita de la administración, según opinamos nosotros y por ocupación de una *res nullius*, según la opinión general.

¿Pero qué importa? No se trata de saber cómo, á qué título, el ribereño adquiere las aguas pluviales. ¿Es acaso dueño de ellas cuando las ha derivado hacia su fundo? ¿Puede disponer de ellas á título de propietario? Si se contesta que sí, la cuestión queda resuelta, porque se vuelve á los principios que acabamos de exponer. Ahora bien, es imposible negarlo, las aguas pluviales acceden al suelo y pertenecen al dueño del suelo. ¿Puede decirse que son del primero que las ocupa, cuando el que las ocupa es el propietario del fundo? Cierto es, y en esto está el nudo de la dificultad, que el ribereño superior no tiene, como propietario del predio, el derecho de derivar las aguas que cu-

bren la vía pública; no tiene tal derecho sino en virtud de un permiso tácito del propietario de la vía, y esta autorización se le puede retirar. De esto resulta que él no tiene un derecho en el derrame de las aguas, y por consiguiente, él no adquiere la propiedad de las aguas sino por todo el tiempo que la administración le permita derivarlas. ¿Se puede asentar una servidumbre en una base tan frágil? Nosotros contestamos que sí, sin vacilar. ¿Cuál es el objeto de la servidumbre? ¿Por ventura el propietario del predio superior se obliga á transmitir siempre las aguas pluviales al ribereño inferior? Nó, la servidumbre consiste unicamente en esto: el ribereño superior impone á su predio la carga de que los poseedores de dicho predio no podrán usar á su antojo de las aguas pluviales que bajan á la vía pública. Esta restricción aprovechará al ribereño inferior por todo el tiempo que las aguas pluviales corran por el predio superior, luego hay servidumbre, sólo que no es perpetua. Pero la servidumbre idéntica, concerniente á las aguas de un manantial, tampoco es perpetua, porque la naturaleza puede retirar sus dones como la administración puede revocar su concesión.

Hay una última hipótesis que es la más dudosa. El ribereño inferior deriva directamente las aguas de la vía pública; este solo hecho, no le da ningún derecho contra el ribereño superior. Esto es claro. ¿Pero no puede adquirir un derecho contra él? Puede hacerlo por convenio; el ribereño superior puede renunciar al derecho que tiene de derivar las aguas pluviales hacia su fundo en favor del ribereño inferior; de esta renuncia, resultará una servidumbre, en el sentido de que el propietario ya no podrá usar de un derecho que le pertenecía en calidad de ribereño. Un derecho que se adquiere por título puede también adquirirse por prescripción, dejándose entender

que la servidumbre deberá ser continua y aparente, si se trata de prescribir una servidumbre. ¿Y acaso en el caso presente la servidumbre es continua y aparente? Suponemos que hay obras aparentes, como se hacen para conducir el agua. ¿Será ésta una servidumbre de conducción de agua á cargo de los predios superiores? Hay muchas dificultades en esta cuestión. Para que haya prescripción se necesita que el que la invoca haya manifestado durante treinta años la voluntad de limitar en su aprovechamiento el derecho del propietario. Cuando se trata de manantiales, la prescripción no comienza á contarse sino desde el momento en que el propietario del predio inferior ha hecho y terminado ciertas obras aparentes destinadas á falcitar la caída y la corriente del agua á su propiedad. ¿Se puede, por analogía, aplicar esta disposición á las aguas? y ¿de qué manera se hará esta aplicación? En el caso del art. 642; el ribereño inferior prescribe contra el propietario de las aguas pluviales; éstas no tienen propietario si se acepta que son "res nullius;" y entonces ¿cómo aplicar el art. 642? Si se admite que las aguas pluviales están en el dominio de aquél á quien pertenece la vía pública, tampoco se concibe la aplicación del art. 642, porque no se prescribe contra el dominio público, y no se prescribe en virtud de una posesión que es de tolerancia, en el sentido de que la administración puede á toda hora hacerla cesar. En realidad, se trata de prescribir, no contra el Estado, la provincia ó la comuna, sino contra el ribereño superior, el cual, como lo suponemos, no ha derivado las aguas, y antes que haberlas derivado, no tiene en ellas ni posesión ni propiedad, sino únicamente el derecho de derivarlas, y este derecho es el que pretende adquirir por prescripción el ribereño inferior. Esto equivale á decir que el art. 642 es inaplicable. En vano el ribereño inferior haría obras aparentes desti-

nadas á conducir el agua á su fundo; éstas obras sólo una cosa manifiestan, la voluntad de utilizar las aguas, pero no manifiestan que el que las llevó á cabo quiere privar al ribereño superior del derecho que éste tiene de utilizarlas con el mismo título que los ribereños inferiores. Luego estas obras por sí solas no pueden fundar prescripción. ¿Quiere decir esto que el derecho del ribereño superior es imprescriptible? Nó, sino que la prescripción no podría cumplirse sino por actos de posesión que hagan conocer al ribereño superior la voluntad que tiene el inferior de prescribir contra él. Lo que supone obras construidas en el predio superior contra cuyo propietario se quiere prescribir (1).

239. Así es que las condiciones de la prescripción difieren según que se trate de aguas caídas en un fundo privado, ó de aguas caídas en la vía pública. En el primer caso, se permanece bajo el imperio de los principios formulados por el art. 642, y hay completa identidad. El propietario superior tiene el derecho absoluto de usar las aguas pluviales que caen en su predio, como tiene derecho á usar á su voluntad de la fuente que en aquél brota; el propietario inferior quiere prescribir contra ese derecho. Supuesto que el derecho para prescribir es el mismo, las condiciones de la prescripción deben ser también las mismas. Así, pues, el art. 642 recibe aplicación, no por analogía, sino por identidad de motivo. Si se trata de aguas pluviales caídas á la vía pública, hay que hacer una nueva distinción. Las que el ribereño superior deriva se vuelven su propiedad, por lo que es posible prescribirlas contra él, con el mismo título y bajo las mismas condiciones que las aguas de manantial. El art. 642 será todavía aplicable. Pero si el ribereño inferior pretende prescribir el derecho

1 Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 45 y nota 9.

que tiene el ribereño superior para derivar las aguas, debe hacer en el predio de este propietario trabajos que lo pongan en moratoria para reivindicar la libertad de su predio si es que quiere conservarlo (1).

*c) Efecto de los derechos adquiridos por los propietarios inferiores*

240. Réstanos saber cuáles son los efectos del derecho que adquiere el ribereño inferior contra el superior. En este punto se tienen también que distinguir las aguas pluviales que caen á un fundo privado y las que caen en la vía pública. Las primeras forman una propiedad absoluta, más absoluta aún, á nuestro juicio, que la de un manantial. El dueño del predio puede disponer de ellas como se le ocurra, fuera como dentro de su fundo; puede ceder la propiedad de ellas ó únicamente limitar el derecho que tiene para usarlas. Lo que se dice del título es verdad también de la prescripción; admitiremos, pues, para las aguas pluviales lo que la corte de casación ha decidido, infundadamente, á nuestro juicio, art. 185, respecto á las aguas de manantial. Cosa muy distinta es cuando se trata de aguas pluviales caídas en la vía pública. Aun cuando el ribereño superior las hubiese derivado, no adquiere un derecho al derrame de las aguas, y no puede, ni por título, ni por prescripción, ceder un derecho que no tiene. En esta hipótesis, el ribereño inferior no tiene más que una servidumbre, y una servidumbre muy limitada, puesto que las convenciones y prescripciones celebradas entre dos ribereños de la vía pública no pueden privar á los otros ribereños del derecho que tienen á servirse de las

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 45-46, notas 9 y 10. Colmar, 24 de Agosto de 1850 (Daloz, 1855, 2, 180).

aguas, sea á título de "res nullius," sea en virtud de una concesión tácita del propietario de la vía (1).

*Núm. 3. De los estanques ó balsas.*

*1. Propiedad de los estanques.*

241. El art. 558 contiene una importante disposición concerniente á la propiedad de los estanques: "El propietario conserva siempre el terreno que el agua cubre cuando ésta se halla al nivel del desagüe del estanque, aun cuando el volumen del agua llegue á disminuir. Recíprocamente, el propietario del estanque ningún derecho adquiere en los terrenos ribereños que su agua cubre en las crecidas extraordinarias." Dáse el nombre de estanque á un caudal de agua contenida por un malecón. Uno ó varios agujeros ó compuertas practicadas en el punto más bajo sirven para poner en seco el estanque, con el objeto sea de pescar, sea de destinarlo al cultivo. Una vertiente, cuya altura y cuyo ancho se calculan por el volumen de agua que la balsa puede contener sin que se inunden los terrenos contiguos, abre una salida al agua, y con esto garantiza á las propiedades vecinas de una inundación (2). El art. 558 supone que hay una vertiente en todo estanque, supuesto que basa en la elevación del punto de desagüe la extensión del terreno de que se compone el estanque. Aun cuando las aguas de una balsa disminuyesen, no por esto el propietario del estanque dejaría de serlo de todo el terreno que el estanque debe cubrir, cuando el agua se halla al nivel del punto de desagüe del estanque. El código civil establece á favor del propietario del estanque una presunción legal de propiedad, que la corte de casación

1 Demolombe, t. 11, p. 146, núm. 117. Aubry y Rau, t. 3º, p. 46 y nota 2.

2 Pardessus, t. 1º, p. 193, núm. 80. Daloz, en la palabra *aguas*, número 244.