

yes coexisten. Pero como una y otra son relativas á la desecación de pantanos, la dificultad subsiste: ¿cuándo había lugar á recurrir á los tribunales en virtud de la ley de 1848, y cuándo había que dirigirse á la administración en virtud de la ley de 1807? Se previó la cuestión cuando se discutió la ley francesa. El dictaminador señaló el inconveniente que había en derogar la ley sobre desecación en una ley sobre irrigación. Hé aquí lo que contestaron los autores de la enmienda. La ley de 1807, dijo uno de ellos, seguirá siendo aplicable á las grandes desecaciones por interés público, y la nueva ley se aplicará á las parciales, accidentales, requeridas por las infiltraciones que ocasionan las fábricas ó los manantiales que carecen de salida. Otro declaró que la ley se limitaba á la desecación puramente local de infiltraciones accidentales. Esto es muy vago, y ni siquiera está en armonía con el texto de la ley, porque en él se habla de *pantano*, y el pantano no es cosa accidental.

La cuestión se ha presentado en un caso en que los tribunales se han declarado incompetentes, y la corte de casación ha mantenido su decisión (1). El propietario había presentado, primero y antes de la publicación de la ley de 1847, un proyecto de desecación, y después invocó el beneficio de la ley nueva. Esto equivalía á pedir á los tribunales lo que el gobierno no había concedido, ó como lo dijo la corte de casación, era un medio desviado de operar la desecación. La sentencia insiste en las circunstancias de la causa: la propiedad del actor no era un terreno sumergido, sino un vasto estanque atravesado por el río Sonime; la desecación interesaba aguas que eran útiles á varias fábricas. Por todos estos títulos el propietario quedaba den-

1 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 129. Se encuentra por vía de nota la discusión que originó la cuestión en la cámara de diputados).

tro de la ley de 1807. De todos modos la dificultad subsiste y manifiesta el riesgo que hay en derogar accidentalmente todo un sistema de legislación.

407. La servidumbre de desagüe implica que el propietario del predio sumergido no puede derramar el agua si no es vertiéndola sobre los predios inferiores. Si, mediante algunas obras de arte, él puede remediar el mal de que se queja, es claro que no tiene el derecho de imponer á los demás propietarios un gravamen que no tiene razón de ser, ni por un interés agrícola, ni por un interés de salubridad. Hay una sentencia en este sentido (1). Se ha fallado, además, que la servidumbre de desagüe por causa de inundación no puede reclamarse, cuando la sumersión de una heredad es el resultado de un hecho puramente voluntario por parte del dueño del predio sumergido (2). En el caso al debate, el propietario que pedía un paso para las aguas las había elevado él mismo á su hereedad para irrigarla, pero no lograba devolverlas á su curso natural, ni por su terreno, ni por los contiguos. La corte de Metz resolvió que no había lugar á las servidumbres creadas por la ley de 1845. En efecto, la servidumbre del art. 3 nada tiene de común con la irrigación. Es una servidumbre de desecación; luego no puede reclamarse para aguas de irrigación; á las necesidades de irrigación proveen los arts. 1 y 2. Fuera de estas disposiciones, no es permitido á los tribunales que crien una nueva servidumbre de desagüe.

408. La servidumbre de desagüe está sometida á las mismas condiciones, dice el art. 3 de la ley de 1848. Al discutirse la ley en la cámara de representantes se preguntó cuáles eran estas condiciones. El dictaminador contestó que las del art. I, es decir, las de la servidumbre de acue-

1 Colmar, 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1855, 2, 227).

2 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Enero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 211).

ducto. Otro miembro, Theux, dijo que el art. 3 se refería á la vez al art. 1 y al art. 2 (1). Nosotros creemos que debe uno atenerse á la declaración del dictaminador. Los términos del art. 3 reproducen los del art. 1^o; lo que la ley crea es una servidumbre de *paso*; siendo idéntica la servidumbre, los principios deben ser también los mismos. Acá el interés de la cuestión. La servidumbre de acueducto existe en virtud de la ley, pero no de pleno derecho, mientras que la servidumbre del art. 2 existe de pleno derecho. ¿Acaso la servidumbre del art. 3 es facultativa? La afirmativa es clara, supuesto que la ley dice: "La misma facultad de paso *podrá concederse*." En el caso del artículo I, la indemnización es previa, y no lo es en el caso del art. 2. ¿Es ó nó previa en el caso del art. 3? Hay que resolver que sí es previa, porque la servidumbre establecida por esta disposición es una servidumbre de paso por los fundos intermedios, lo mismo que la servidumbre del art. 1^o. El legislador ha supuesto que no se trataba de un gravamen simple de desagüe impuesto á los predios inferiores, como en el art. 2, sino que eran menester algunos trabajos de arte, es decir, un acueducto, y por lo tanto, que habría un perjuicio patente; por esto la obligación de una indemnización previa.

II. Servidumbre de paso para el drenaje.

409. La ley belga de 10 de Junio de 1851 establece esta servidumbre en los términos siguientes: "La facultad de paso mencionada en el art. 3 de la ley de 27 de 1848 podrá concederse, con las condiciones previstas en el artículo 1^o, al propietario de un terreno húmedo que deba secarse por medio de canalizas subterráneas ó á cielo abierto. Los arts. 4 y 7 de la ley de 27 de Abril de 1848 son

1 Sesión de 22 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, p. 253, nota 3).

aplicables á la servidumbre de que se trata en la presente ley" (1).

Se lee en una *Instrucción sobre el drenaje*. "La palabra inglesa *drainage* corresponde exactamente á la francesa *desección* (*desséchement*), y la palabra *drain* significa foso de escurrimiento ó sangradura. Estos dos términos *drainage* y *drain*, al pasar á la lengua francesa, no han conservado su primitiva significación. Nosotros las empleamos para designar un método particular de desecación del suelo" (2). La exposición de motivos de la ley francesa explica de la manera siguiente en qué consiste esta desecación: "Se practican dos clases de conductos subterráneos que, en el lenguaje técnico se llaman *drains*, en cuyo fondo se colocan materiales de diversa naturaleza (piedra, guijarro, madera y aun tejas, que en nuestros días se reemplazan comunmente por tubos de barro cocido, de forma cilíndrica). Uno de estos reciben el escurrimiento del suelo, y son los *drains de secamiento*; los otros reciben el agua que de aquéllos proviene, y estos son los *drains colectores*. Cuando la región está privada de corrientes de agua y presenta una superficie llana en extensión tan grande que la prolongación del canal colector hasta una vía cualquiera de desagüe acarrease gastos fuera de toda proporción con el valor total del terreno desecado, se establecen canales de descargo ó evacuadores generales, á los cuales el colector trae el agua que en él vierten los tubos de desecación. Tal es la operación del drenaje."

El drenaje debe favorecer, por interés de la agricultura, tanto como la irrigación. "Si es conveniente, dice el dictaminador de la ley francesa, facilitar la circulación de las aguas destinadas al regadío, no es de mediano inte-

1 En Francia, la servidumbre de drenaje fué establecida por la ley de 10 de Junio de 1854 (*Dalloz*, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97).

2 *Dalloz*, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97.

rés dar un derrame á las aguas que impregnan la tierra de un exceso de humedad; tanto como en el primer caso son un elemento de fertilización, tanto así pueden ser, en el segundo caso, una causa de empobrecimiento, sea que se estacionen en la superficie del suelo, en estado de estancación, sea que la impermeabilidad de las capas inferiores las retengan en el seno del suelo" (1).

Las leyes promulgadas en Francia y en Bélgica en 1845, en 1847 y en 1848, tenían por objeto favorecer la irrigación. ¿Cómo es que éstas mismas leyes no se han ocupado del drenaje? La exposición de motivos de la ley francesa de 1845 hace á este respecto una confesión que casi es humillante para la nación tanto como para su gobierno: "la ley de 1845 consagra un artículo á la desecación de las tierras, el cual se aplica solamente á las tierras sumergidas, porque, en esa época, ni el gobierno ni nadie pensaba en un método para secar que, no obstante, en Inglaterra llegaba á un alto grado de perfección." Hasta 1854 apercibiéronse de que si el agua en conveniente cantidad es uno de los elementos más activos de la vejetación, en cambio su exceso vuelve improductivo el terreno que la recibe con demasiada abundancia ó en el cual se estaciona por mucho tiempo. Por lo menos hasta entonces fué cuando se pensó en extender por la Francia un sistema de desecación que ya los romanos habían practicado. Se necesitaba una ley nueva. El código civil establece, en verdad, una servidumbre de derrame, pero este gravamen sólo se refiere al agua que baja naturalmente de los predios más elevados á los inferiores. En cuanto á las leyes nuevas dadas en Francia y en Bélgica, previenen el caso de desecación, pero sólo cuando las tierras están sumergidas. ¿Se podían extender estas disposiciones á terrenos más ó me-

1 Exposición de motivos de la ley francesa de 1854 (Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97, núm. 2).

nos húmedos? La negativa casi no era dudosa, supuesto que las servidumbres legales son de estricta interpretación. Para colmar ese vacío, en Bélgica se dió la ley de 1851, y en Francia la de 1854.

410. Según la ley belga, la servidumbre de drenaje es facultativa, *podrá concederse*, dice la ley. Esta, por otra parte, remite, en cuanto á las condiciones, á la servidumbre de acueducto establecida por el art. 1º de la ley de 1848; ahora bien, esta servidumbre no existe sino cuando se ha constituido, sea por acuerdo de las partes interesadas, sea en caso de contienda, y por los tribunales, y éstos pueden rehusar que se establezca cuando los inconvenientes que resultan de la servidumbre superan á las ventajas que pueden esperarse de la operación. Según la ley francesa, la servidumbre de drenaje existe de pleno derecho, en el sentido de que los jueces deben establecerla en el momento en que el propietario la pide. Esto es poco lógico, como ya lo hemos hecho observar, porque los mismos motivos que indujeron al legislador á hacer facultativa la servidumbre de acueducto, existen, en efecto, para la servidumbre de drenaje (1).

411. La servidumbre de acueducto no puede establecerse sino para la irrigación, es decir por interés de la agricultura; el texto es formal, y los trabajos preparatorios ninguna duda dejan acerca de la intención del legislador. ¿Sucede lo mismo con la servidumbre de drenaje? El texto de la ley de 1851 no es restrictivo; dice que la servidumbre puede ser concedida al propietario de un "terreno húmedo que debe desecarse" por medio de canalizas subterráneas ó á cielo abierto. Desde el momento en que el terreno está húmedo, debe ser secado, importando poco que se haga por un interés agrícola, industrial ó doméstico. Lo que resuelve toda duda, es que la ley de 1851 de-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 23 y nota 5.

clara aplicable á la servidumbre de drenaje, el art. 7 de la ley de 1848; y según los términos de este artículo, las disputas que pueda originar el establecimiento de la servidumbre se llevan ante los tribunales que, en esta materia tienen un poder de conciliación, es decir, un poder discrecional; luego pueden tener en cuenta todos los intereses. La ley francesa está concebida en el mismo sentido, y la corte de casación ha fallado que la servidumbre de drenaje puede establecerse á favor de los terrenos explotados para la extracción de productos minerales. Así, pues, la ley recibe su aplicación á todos los fundos, sea cual fuere su naturaleza (1). Una sola condición se requiere, y es que se trate de drenaje, es decir, como lo expresa la ley belga, de terrenos que deben desecarse, por medio de canales subterráneos ó á cielo abierto. Luego si el propietario de un estanque quisiera desecarlo, mediante la operación de drenaje, podría invocar el beneficio de la nueva ley. Mas si, al contrario, como ha ocurrido en Francia, el propietario de un estanque quiere mantener el terreno en el estado de estanque, estableciendo obras que le permitan elevar ó bajar á voluntad el nivel del agua, y por este medio llenar ó secar el estanque alternativamente, ya no hay lugar á aplicar la ley de 1851; ¿puede ser cuestión de servidumbre cuando no hay desecación? (2).

412. Se ha comparado la servidumbre de paso, que la ley de 1851 establece para el drenaje, con la servidumbre de paso que el art. 682 del código civil otorga al propietario de un fundo enclavado. Hay enclave respecto á las aguas en el sentido de que no encuentran salida; los trabajos de drenaje tienen por objeto procurar su desagüe. He aquí el interés de esta comparación que se encuentra

1 Sentencia de casación, de 14 de Diciembre de 1859 (Daloz 1859, 1, 504).

2 Compárese, sentencia de casación, de 5 de Agosto de 1868 (Daloz, 1868, 1, 454), y la nota del recopilador.

en una sentencia de la corte de casación de Francia. El paso, en caso de enclave, no se concede sino á aquél cuyo fundo no tiene ninguna salida para la vía pública. ¿Se necesita que haya una imposibilidad absoluta de paso para que haya enclave? La jurisprudencia deja á los tribunales una grande amplitud de apreciación. Se ha fallado que éstos tienen el mismo poder en materia de drenaje: incúmbeles apreciar y combinar los hechos y las circunstancias de donde resulten las dificultades y los obstáculos equivalentes á imposibilidad de hacer correr el agua de otra manera que no sea dirigiéndola hacia el predio vecino (1). Casi no puede haber duda respecto al poder discrecional del juez, puesto que la ley belga encarga expresamente á los magistrados que concilien los intereses opuestos del propietario que quiere desecar su terreno y el de los propietarios inferiores por cuyos fundos debe pasar el agua.

413. Los propietarios por cuyos fundos son llevadas las aguas tienen derecho á una indemnización justa y previa. Luego debe aplicarse aquí lo que hemos dicho de la servidumbre de acueducto. Siendo previa la indemnización, síguese que debe pagarse íntegra antes de la toma de posesión de los terrenos en los cuales se ejecutarán los trabajos. Un tribunal había otorgado como indemnización del drenaje una suma que debía percibirse sucesivamente, año por año, después de la terminación de los trabajos. Esta decisión, á pesar de ser equitativa, se hallaba en oposición con el texto formal de la ley francesa, por lo que fué casada (2). Lo mismo sería según la ley belga.

414. Las exenciones otorgadas para la servidumbre de acueducto en favor de los edificios, de los patios, parques

1 Sentencia de denegada apelación, de 1º de Junio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 186).

2 Sentencia de casación, de 14 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1859, 1, 504).

y vallados contiguos á las habitaciones, se han extendido á la servidumbre de drenaje por la ley de 1851, así como por la ley francesa. En la Exposición de motivos de la ley de 1854 se lee: "La servidumbre se detiene en los umbrales de la habitación, y el dogma de la inviolabilidad del domicilio que protege al ciudadano contra las importunidades, perturbaciones, y aun peligros de un acceso contrario á su voluntad, se aplica igualmente á los anexos y dependencias de la habitación."

415. Hay un vacío en la ley belga, la cual no permite á los propietarios por cuyos fundos pasa el agua que aprovechen los trabajos de drenaje. Este vacío lo colmó la ley francesa cuya disposición vamos á transcribir: "Los propietarios de fundos *vecinos ó atravesados* tienen la facultad de servirse de los trabajos ejecutados en virtud del artículo precedente, para el desagüe de sus fundos. En tal caso soportan: 1º, una parte proporcional en el valor de los trabajos de que se aprovechan; 2º, los gastos que resulten de las modificaciones que puede hacer necesarios el ejercicio de esta facultad, y 3º, para lo sucesivo una parte contributiva en la conservación de los trabajos que se han hecho comunes." Como lo expresa la Exposición de motivos, el legislador espera que el ejemplo dado por un propietario estimulará á sus vecinos á intentar á su turno el drenaje; es preciso favorecer este útil aliciente. Por esto es por lo que la ley permite no sólo á los propietarios gravados con la servidumbre, sino hasta á los vecinos, que aprovechen los trabajos de desecación (1).

416. Los trabajos de drenaje interesan las más de las veces á un gran número de propietarios. Importaría que uniesen sus esfuerzos, porque la asociación disminuiría los gastos y extendería los beneficios del drenaje á todas las

1. Exposición de motivos de la ley francesa de 1854 (Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97, núm. 9).

propiedades, desbaratando de esta suerte las resistencias que en más de una ocasión se deben á la falta de acuerdo y á un egoísmo mal entendido. En Francia no se han atrevido á llegar hasta este punto. El legislador ha preferido atenerse á la iniciativa de los individuos; sin embargo, ha estimulado á las asociaciones permitiéndoles que se constituyan en sindicatos: lo que equivale á una personificación civil, á causa de la cual los propietarios asociados pueden ejecutar los trabajos de conjunto por vía de expropiación por causa de utilidad pública (1).

En Bélgica existen estas asociaciones con el nombre de *wateringues*. La ley de 18 de Junio de 1846 autorizó al gobierno á que dictase un reglamento de administración pública para la institución y la organización de administraciones de *wateringues*, por interés de la desecación, de la irrigación y del mejoramiento de las riberas y valles del Escant, del Lys y del Dendre. Este reglamento se expidió por real decreto de 9 de Diciembre de 1847, cuyo artículo 1º está concebido en estos términos: "Las propiedades situadas en los valles del Escant, del Lys y del Dendre, é interesadas en trabajos comunes de desecación ó de irrigación, se constituirán en asociaciones de *wateringues*." El beneficio de tales asociaciones se extendió por la ley de 27 de Abril de 1848 á todas las localidades en donde fuesen necesarios los trabajos de desecación, art. 8.

416 *bis*. La ley belga sobre la servidumbre de drenaje mantiene la competencia de los tribunales en esta materia; mientras que la ley francesa somete al juez de paz, como primera instancia, las contiendas á que puedan dar lugar el establecimiento y el ejercicio de la servidumbre, la fijación del trayecto recorrido por las aguas, la ejecución de los trabajos de drenaje, las indemnizaciones y los gas-

1. Ley de 1854, arts. 3 y 4, y Exposición de motivos (Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 96 y 97, núms. 10 y 11).

tos de conservación. Esta es una feliz innovación. Se ha notado en Francia que la necesidad de recurrir á los tribunales de primera instancia, jurisdicción lejana, lenta y costosa, era uno de los obstáculos que habían estorbado la aplicación de las leyes expedidas para favorecer la irrigación; la jurisdicción de los jueces de paz, más inmediata á los litigantes, menos dispendiosa y más rápida, favorecerá el drenaje. Deberíase conferirles el conocimiento de todas las disputas referentes á irrigación y desecación (1).

SECCION II.—*Del deslinde* (2).

§ I.—PRINCIPIOS Y CONDICIONES.

417. Según los términos del art. 646, “todo propietario puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades contiguas.” El deslinde es el acto por el cual los dos vecinos señalan los límites de sus heredades. A este efecto, sírvense de signos materiales llamados mohones ó lindes; y de aquí la palabra amohonamiento ó deslinde, la cual significa también la acción que uno de los vecinos tiene contra el otro para constreñirlo á que implante mohones. Cada uno de los propietarios tiene interés en que algunas marcas exteriores y patentes separen sus predios, á fin de impedir las usurpaciones de uno de ellos con perjuicio del otro, así como las disputas que origina la falta de lindes. Este es el motivo que da Pothier, y el dictaminador del Tribunado lo ha reproducido (3).

El código pone el deslinde entre las servidumbres deri-

1 Informe acerca de la ley francesa de 1854 (Dalloz, “Recopilación periódica,” 1854, 4, 101, núm. 37).

2 Ourasson, “Tratado de las acciones posesorias y otros derechos de vecindad,” París, 1842, 1 vol. in 8°; Millet, “Tratado del deslinde,” 3ª edición, 1862, 1 vol. in 12.

3 Pothier, *De la vecindad*, núm. 231. Albisson, Informe núm. 9 (Loché, t. 4°, p. 187).

vadas de la situación de los lugares; sábese que por esto entiende ciertas obligaciones que nacen de la vecindad. En el consejo de Estado, Reynaud de Saint-Jean d'Angely criticó la clasificación adoptada por los autores del código civil: el deslinde no es una servidumbre, dijo él, y esta materia estaría en su lugar propio en el código rural. Treilhard contestó que la obligación de sufrir el deslinde era una servidumbre. A este razonamiento, fué adoptado el artículo. El orador del gobierno agrega que ésta es una disputa de palabras; que siendo el deslinde una obligación recíproca entre vecinos, hallaba su sitio en el título de las *Servidumbres* (1). No puede ser disputa de palabras dar una idea exacta de las relaciones jurídicas que existen entre los hombres. Ahora bien, claro es que la obligación de deslindar nada tiene de común con las servidumbres, y no es justificar la clasificación del código el decir “que el deslinde constituye un atributo real de la propiedad” (2); porque por lo mismo que el deslinde es un atributo de la propiedad, no es una servidumbre.

418. Para que haya lugar á deslinde, precisa que las propiedades sean contiguas; el código lo dice (art. 646) y el sentido común es suficiente para establecer esta condición esencial. Luego si dos predios están separados por un terreno perteneciente á tercera persona, los dos propietarios no pueden promover el deslinde. La corte de casación así lo falló en un caso en que el terreno intermedio era una propiedad comunal cuyos límites no eran precisos. Poco importa; de todos modos, el demandado debía ser solventado de la acción, porque el actor no tenía el derecho de intentarla contra él (3). Lo mismo sería si las dos hereda-

1 Sesión de 4 brumario, año XII, núm. 12 (Loché, t. 4°, p. 107. Berlier, Exposición de motivos, núm. 7 (Loché, t. 4°, p. 179).

2 Demolombe, t. 11, p. 280, núm. 142.

3 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1827 (Dalloz, en la palabra *deslinde*, núm. 15).