

§ VI.—DEL DESAGÜE DE LOS TECHOS.

67. En otro lugar hemos expuesto los principios que el código establece acerca del derrame de las aguas (tit. VII, 357 y siguientes). Los predios inferiores están sometidos á recibir el agua que baja naturalmente de los predios superiores sin que la mano del hombre contribuya á ello. Esta servidumbre no pesa sino sobre los predios inferiores y supone que el derrame del agua es obra de la naturaleza. Luego es enteramente extraña al derrame de los techos. Aquí volvemos á entrar á los principios generales que rigen el derecho de propiedad. El art. 681 es una consecuencia de ello; está concebido en estos términos: "Todo propietario debe establecer sus techos de suerte que las aguas pluviales caigan á su terreno ó á la vía pública, y no puede hacer que se derramen en el predio del vecino." Al verterlas al predio del vecino, usurparía su derecho de propiedad y su derecho de exclusión; luego es preciso que construya el techo de manera que las aguas se derramen á la vía pública, porque tal es uno de los usos que los ribereños pueden hacer de las vías de comunicación; si no las vierte á la vía pública, debe verterlas sobre un terreno que le pertenezca.

68. ¿Qué debe resolverse si el terreno pertenece en común al propietario de la casa y á su vecino? Hay que ver cuál es el destino de ese terreno. Como lo ha expresado muy bien el consejero Mesnard en un informe rendido á la corte de casación, la manera de disfrutar de los comunistas puede ser limitada ó ilimitada. Cuando el goce no está limitado ni por la ley ni por convenio, el goce comprende todos los actos que toleran la naturaleza y el destino de la cosa común. El derecho de cada comunista es completo, lo puede ejercer en una extensión que no tiene más límites que los que le impone el derecho igual del

otro comunista. Pero para que éste tenga el derecho de quejarse, se necesita que su derecho esté lesionado ó amenguado por un modo de goce excesivo, ó que tiende á hacer degenerar la cosa común en cosa privativamente poseída por uno de los comunistas (1). Por aplicación de estos principios, se ha decidido que un terreno que sirve de paso á dos vecinos había recibido este destino especial, en virtud de la intención de los comunistas. De aquí, la corte ha inferido que uno de los comunistas no podía dirigir el desagüe de sus techos sobre ese terreno (2). El pende de los hechos y circunstancias de la causa.

69. El propietario puede adquirir el derecho de derramar al predio del vecino las aguas pluviales que bajan de su techo. Como esta servidumbre es continua, artículo 688, y aparente, se adquiere por prescripción como por título. Esto prueba que la obligación impuesta por el art. 681 á todo propietario de establecer sus techos de modo que las aguas pluviales no caigan al predio vecino, no es una servidumbre, por más que el código la coloque entre las servidumbres legales. Esto es una consecuencia del principio que el propietario no puede hacer nada que lesione los derechos de su vecino, y los lesiona cuando hace llegar á su predio cosas que no llegarían naturalmente: tales serían las aguas que caen del techo sobre la heredad del vecino (3).

70. Supuesto que el art. 681 es una consecuencia de los principios generales que rigen la propiedad y no una servidumbre, síguese que hay que aplicarlo aun cuando el predio, sobre el cual el propietario de la casa quisiere verter las aguas, fuese inferior. Ciertamente es que los predios

1 Dalloz, 1851, 1, 257. Informe de Mesnard sobre la sentencia de 31 de Marzo de 1851.

2 Burdeos, 20 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 184).

3 principio es incontestable; en cuanto á la aplicación, de-
3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 218, núm. 322.

inferiores están sometidos hacia los que son más elevados á recibir las aguas que de éstos se derraman, pero el art. 640, que establece esta servidumbre, agrega que el agua debe bajar naturalmente al fundo inferior, sin que contribuya la mano del hombre, lo que excluye las aguas pluviales que caen de un techo.

¿Quiere decir esto que el propietario inferior no esté obligado á recibir las aguas pluviales, una vez que han sido vertidas sobre un terreno perteneciente al propietario de la casa, si bajan naturalmente al predio inferior? Pardessus contesta que si el terreno sobre el cual se han vertido las aguas es inferior al del vecino, éste no puede oponerse á que las aguas corran en seguida por su propiedad. Esto es demasiado absoluto. Hay que aplicar los principios que rigen la servidumbre de derrame establecida por el art. 640; y según los términos de esta disposición, el propietario no puede hacer nada que agrave la servidumbre del predio inferior. Luego si el derrame estuviere agravado por cualesquiera obra que el propietario superior hubiese hecho en su predio, el propietario inferior podría reclamar. Por lo tanto, éste no está obligado á recibir las aguas pluviales, en el caso de que se trata, sino cuando no llegan á su predio de una manera más incómoda de lo que lo serían por efecto de la situación de los lugares, suponiendo que ninguna construcción se hubiese emprendido en el predio superior (1).

Según el espíritu de la ley, las aguas que caen del techo no deben ser para el vecino causa de ningún perjuicio. Lo habría si cayesen demasiado cerca de una pared que le pertenece. Ya en el antiguo derecho se decidía que, en este caso, era conveniente observar cierta distancia y ha-

1 Pardessus, t. 1º, p. 472, núm. 213. Demante, t. 2º, p. 630, número 536 bis, y el t. 7º, de esta obra, núm. 362.

cer un pavimento á fin de evitar la degradación de los cimientos (1).

71. El propietario puede retener las aguas pluviales que bajan de su techo, porque le pertenecen por derecho de adquisición; luego puede disponer de ellas como se le ocurra; pero aquí vuelve á presentarse el principio que restringe los derechos de todo propietario. Si al retener las aguas, éstas se infiltrasen al predio contiguo y amenazasen las construcciones, el propietario sería responsable del daño que ocasionase y estaría obligado á hacer los trabajos necesarios para desviar tal perjuicio. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que el propietario puede ser obligado á empedrar un patio sobre el cual se han derramado las aguas pluviales, á fin de impedir las infiltraciones que perjudicaban una bodega perteneciente al vecino (2).

72. Resulta del art. 681 que no se puede tener hacia el vecino un techo avanzado, puesto que llevaría á su predio lo que prohíbe la ley. La prohibición resultaba ya del artículo 552, según el cual la propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que está encima, lo que implica que mi vecino no puede adelantar ni suspender nada encima de mi heredad, porque ejercería sobre ella una usurpación. Luego si el propietario no puede derramar las aguas á la vía pública, debe establecer canales destinados á llevarlas á un terreno que le pertenece, ó dejar entre su pared y el predio vecino un espacio suficiente para recibir las. Si hace canales debe evitar que avancen hacia el predio del vecino, porque ésta sería una nueva usurpación sobre la propiedad, tal como la define el art. 552 (3).

1 Desgodets, "sobre la costumbre de París," art. 210, núm. 14.

2 Sentencia de denegada apelación, 13 de Marzo de 1827 (Daloz, *Propiedad*, núm. 165).

3 Pardessus, t. 1º, p. 471, núm. 212. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 218, núm. 322. Demolombe, t. 12, p. 69, núm. 585.

Si el propietario deja más allá de la pared un espacio de terreno suficiente para recibir las aguas de sus techos, siendo este terreno su propiedad puede hacer de él el uso que quiera. Las más de las veces no lo usará, mientras que el vecino lo aprovechará si tiene un patio ó un jardín contiguo. Entonces pueden surgir algunas dificultades sobre la propiedad del terreno. Si el propietario al construir ha sido el que lo reservó para recibir las aguas pluviales, déjase entender que le pertenece ¿pero como probará que es su propiedad? El no tiene título, y la propiedad no se establece por medio de testigos. Hay algunas sentencias que admiten una presunción de propiedad en favor del que vierte las aguas pluviales sobre el terreno litigioso. La corte de Burdeos ha fallado que se le presume propietario hasta prueba en contrario; en efecto, dice la sentencia, no se puede suponer que la casa haya sido construida de manera que derrame las aguas en un terreno que pertenece al vecino, porque no se presume que nadie viole la ley ni que usurpe la propiedad ajena, luego hay presunción de que el que construyó la casa dejó más allá del paramento exterior de la pared el espacio necesario de terreno para el derrame de las aguas pluviales (1). Según la corte, esta presunción no podría combatirse sino por un título contrario. En varias ocasiones hemos hecho constar la extraña confusión que reina en la jurisprudencia y en la doctrina á propósito de las presunciones. Veamos un nuevo ejemplo. Existen presunciones de propiedad; y esto es, dice el art. 1350, núm. 2, cuando la ley declara la propiedad resultante de ciertas circunstancias determinadas. Luego se necesita un texto para que haya una presunción de propiedad; ¿y el sentido común no es suficiente para resolver que no podría haber presunción

1 Sentencias de Burdeos, 20 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1833 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 792).

legal sin ley? ¿Y en dónde está la ley que presume que el propietario de una casa tiene la propiedad del terreno en el cual vierte sus aguas pluviales? Probable es, sin duda, que él no haya violado la ley usurpando la propiedad de su vecino, pero una probabilidad no es una presunción. Las probabilidades de hecho no producen más que una de esas presunciones simples que se llaman presunciones del hombre, y cuya apreciación abandona la ley á la prudencia de los magistrados. Es lo que expresa muy bien una sentencia de la corte de casación (1). La corte agrega que esta presunción puede combatirse por la presunción contraria de la posesión que el vecino tuviese del terreno litigioso. Claro es que las presunciones simples pueden cambiarse por otras presunciones; por mejor decir, cuando una probabilidad queda destruida por otra contraria, deja de haber presunciones, porque la ley no admite como tales más que las presunciones *graves, precisas y concordantes*, art. 1353. En seguida, la corte habría debido hacer una reserva, y es que las presunciones simples son una prueba excepcional, supuesto que el código no las admite sino en los casos en que se admite la prueba testimonial. En estos límites es como el juez puede resolver una cuestión de propiedad por medio de presunciones.

La corte de casación dice que el vecino puede invocar la posesión, es decir, la prescripción. Se ha objetado que habría, en el caso, dos posesiones contrarias, la del propietario que derrama las aguas pluviales sobre el terreno litigioso y la del vecino que se aprovecha del terreno. Se ha inferido de aquí que el vecino no podía adquirir la propiedad del terreno por la prescripción por toda el tiempo que subsistiese el desagüe (2). Esto es confundir

1 Sentencia de denegada apelación, 28 de Julio de 1851 (Daloz, 1851, 1, 184). En el mismo sentido, Demolombe, t. 12, p. 74, núms. 592, 593.

2 Amies, 20 de Febrero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 794).

la cuestión de propiedad con la de servidumbre. Puede haber desagüe á título de servidumbre tanto como á título de propiedad. De hecho estas cuestiones son á menudo muy dudosas; en derecho, no hay duda alguna.

§ VII.—DE LA SERVIDUMBRE DE ENCLAVE.

73. El art. 682 establece: "el propietario cuyos fundos estén enclavados, y que no tienen ninguna salida para la vía pública, puede reclamar un paso por los predios de sus vecinos para la explotación de su heredad." Esta disposición establece una verdadera servidumbre de paso, que no difiere sino por el origen de la servidumbre de paso constituida por título. Ella existe an virtud de la ley, independientemente de todo convenio. Es cierto que la ley dice que el propietario enclavado puede *reclamar* un paso por los fundos vecinos. De aquí se ha inferido que el establecimiento de esta servidumbre era una especie de expropiación, la cual no existe sino cuando el propietario se ve privado de su propiedad por un fallo ó por un convenio (1). Esta interpretación está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Hay expropiación según el art. 545, cuando un propietario vese forzado á ceder su propiedad por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización. Ahora bien, el propietario del predio que debe procurar el paso en caso de enclave conserva la propiedad del terreno al través del cual se ejerce el paso; luego no está privado de su propiedad, sino que únicamente se le impone una servidumbre. Y en el sistema del código el establecimiento de una servidumbre no se considera como una expropiación aunque esté creada por interés público, tales son las servidumbres milita-

1 Valette, según Murlon, t. 1º, ps. 800 y siguientes. En sentido contrario, Demolombe, t. 12, p. 115, núm. 635; Duranton, t. 5º, pág. 467, núm. 426.

res para las cuales la ley ni siquiera da indemnización; prueba clara de que no hay expropiación en el sentido legal de la expresión. En caso de enclave, hay también una especie de utilidad pública. "Es de derecho natural, dice Domat, que una heredad no permanezca inútil." Bourjon dice que el bien público es la ley suprema (1). Pero no es al Estado ni por las necesidades públicas por lo que la servidumbre se otorga (2); esto basta para excluir la expropiación que lleva el nombre de expropiación por causa de utilidad pública. Si la ley quiere que el propietario gravado con el paso reciba una indemnización, es porque la servidumbre se constituye por interés de un particular y le aprovecha.

Así, pues, la servidumbre existe en virtud de la ley, es decir, de pleno derecho. Se han invocado en favor de esta opinión las antiguas costumbres. Coquille dice que la costumbre permite tomar, pues, por la heredad del vecino; y la costumbre de Malinas dice que el predio enclavado *debe tener* una salida (3). Pero Bourjon se expresa en un sentido contrario; según él, el propietario enclavado tiene acción contra el vecino "para obligarlo á dejarle un paso". Llama á esto una "venta forzada," lo que responde precisamente á la teoría que hemos combatido. Así, pues, la tradición es dudosa. Pero el espíritu de la ley no deja duda alguna. Berlier dice en la exposición de motivos que el propietario que procura el paso debe ser indemnizado, y que el que lo "toma" debe emplearlo de modo que cause al otro el menor daño posible (4). Esta es la

1 Domat, "Leyes civiles, lib. 1, tít. 21, sec. 1, núm. 10. Bourjon, "el Derecho común de Francia," t. 2º, p. 9, lib. IV, tít. I, parte II, cap. I, núm. 1.

2 Así lo ha fallado la corte de Lieja, 12 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839 2, 108).

3 Faider, Requisitoria (*Pasicrisia*, 1839, 1, 310).

4 Berlier, Exposición de motivos, núm. 16 (Loché, t. 4º, p. 182).