

## § 2.º

## Jurisprudencia anterior al Código civil.

9. DOCTRINA GENERAL.—El Real decreto de 19 de Noviembre de 1835, y la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, respetan los derechos adquiridos (1).

Siendo aplicable al pleito la ley de Aguas de 1866, como lo tiene reconocido el recurrente por las citas que ha hecho de la misma, es extraña é improcedente la que hace de los arts. 2.º, 10 y 14 de la de 13 de Junio de 1879, publicada después de incoado el pleito, aparte de que esta ley, en su art. 257, deja á salvo, como aquélla, los derechos adquiridos con anterioridad á su publicación (2).

10. DOMINIO DE LAS AGUAS TERRESTRES. a. *Pluviales*.—Si bien las aguas de lluvia son comunes y su aprovechamiento del primero que las ocupa ó retiene en su predio, este derecho se puede renunciar, ceder ó ser transferido á otro por un título especial que constituya obligación (3).

El derecho de preferencia en el aprovechamiento de aguas pluviales no puede fundarse en la posesión, porque las aguas de lluvia, mientras no sean recogidas, por su naturaleza no son susceptibles de ella ni menos de retenerla ó ser continuada (4).

No hay doctrina sancionada por el Tribunal Supremo que declare imprescriptibles las aguas pluviales constitutivas de manantiales, fuentes, barrancos y corrientes (5).

En el aprovechamiento de las aguas pluviales, que según la ley 3.ª, tit. 28 de la Part. III, pertenecen comunalmente á todas las criaturas, es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales que se dé siempre la preferencia al dueño de los terrenos superiores respecto del de los inferiores, si éste no tiene un título especial que constituya á su favor obligación para el disfrute de este beneficio (6).

No siendo las aguas de esta clase susceptibles de posesión en su estado de descenso y curso natural, no puede fundar en ella un derecho de prelación el dueño de los terrenos inferiores, porque su aprovechamiento ha dependido de la facultad que tiene el de las superiores para tomarlas ó dejarlas discurrir (7).

El dueño de un predio lo es también de la fuente que en él nace, y puede disponer de sus aguas según mejor le convenga, salvo el derecho que otro haya adquirido por título ó por prescripción, conforme á las leyes 1.ª, tit. 28, y 14 y 15, tit. 31, Part. III (8).

(1) Sent. 8 Julio 1882.

(2) Sent. 3 Julio 1883.

(3) Sent. 21 Febrero 1873.

(4) Sent. 12 Octubre 1860.

(5) Sent. 12 Mayo 1876.

(6) Sent. 28 Febrero 1865.

(7) Sent. 26 Febrero 1865.

(8) Sent. 3 Abril 1868.

Con arreglo al art. 34 de la ley de 3 de Agosto de 1866, las aguas que nacen en una propiedad particular son de su dueño, para su uso y aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios; cuando las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas si pasan ó corren por cauces públicos ó naturales; y si después de salir del predio de su nacimiento, y antes de discurrir por cauces públicos, entran en otros predios, el dueño de éste las hace suyas para su aprovechamiento eventual, y luego el inmediato, y así sucesivamente (1).

El art. 40 de la misma ley establece: que si el dueño de un predio donde nace el agua no aprovecha más que una parte de la misma, el remanente ó sobrante entra en las condiciones del 34, respecto á aprovechamientos inferiores (2).

Con arreglo al art. 39 de la repetida ley, el dueño de un cortijo no puede ser privado del derecho de disfrutar las aguas en los términos en que ha estado por tiempo de veinte años en posesión de este mismo derecho (3).

b. *Vivas, manantiales y corrientes*.—En materia de uso y aprovechamiento de aguas, es doctrina establecida por el Tribunal Supremo que debe respetarse el estado posesorio (4).

Si bien el dueño de un predio dispone de las aguas nacidas en el mismo, se exceptúan los casos en que los propietarios de fincas inferiores hayan adquirido el derecho de aprovecharlas (5).

Es un equivocado concepto suponer que para adquirir derecho á las aguas sobrantes han de utilizarse antes de que se incorporen al río principal, como si el aumento del caudal de aguas de éste no constituyera un derecho respetable y respetado por la ley (6).

El derecho á las aguas, que se adquiere por el uso de veinte años, aun después de la ley de Aguas, no se opone á que se haya adquirido con anterioridad á la misma ley y que ésta respete (7).

c. *Subterráneas*.—A la Sala sentenciadora toca decidir, como cuestión de puro hecho, apreciando el resultado de las pruebas suministradas, si al buscar uno aguas en heredad suya ha hecho obras por las que prive de ellas á un colindante; á cuya apreciación hay que atenerse, interin no se alegue contra ella que al hacerla se ha cometido alguna infracción de la ley ó doctrina legal (8).

Si no consta, según lo reconoce la Sala sentenciadora, que al utilizar el recurrente las aguas subterráneas alumbradas, como lo ha hecho, perjudique y vulnere intereses preexistentes, no pudiendo, por tanto, comprenderse aquéllas en los términos de la concesión de 1645, ni el aprovechamiento que por virtud de ésta se viene haciendo de las aguas que corren por la rambla, al condenar al

(1) Sent. 7 Mayo 1870.

(2) Idem id.

(3) Idem id.

(4) Sents. 30 Junio 1860 y 1.º Marzo 1872.

(5) Sents. 12 Mayo 1876 y 3 Julio 1883.

(6) Sent. 7 Julio 1884.

(7) Sent. 7 Junio 1884.

(8) Sent. 24 Septiembre 1866.

dueño á destruir las obras infringe la sentencia la doctrina jurídica de que las acciones civiles no nacen sino á favor de quien tenga interés preexistente, legítimo y vulnerado (1).

**11. OBRAS DE DEFENSA CONTRA LAS AGUAS PÚBLICAS.**—Las leyes anteriores á 1845 no concedían derecho para alterar el curso de las aguas, ni para aprovecharlas, aunque se hubiesen hecho obras en el álveo de un río, si no se había obtenido previo permiso de la Administración (2).

El que construye una obra de defensa de su heredad invadiendo el cauce del río sin haber obtenido la autorización competente, debe ser condenado á la demolición y al abono de los daños y perjuicios causados á tercero (3).

**12. APROVECHAMIENTOS DE LAS AGUAS PÚBLICAS.** a). *Aprovechamientos comunes.*—Hallándose los Ayuntamientos encargados de la distribución de las aguas de común aprovechamiento, los abusos que en esta materia pueda cometer una Municipalidad no son de la competencia de los Tribunales ordinarios, aun en el caso de que envuelvan la infracción de algunas disposiciones legales (4).

b.) *APROVECHAMIENTOS ESPECIALES.*—*Concesión.*—Cuando la concesión de aguas de un río se hace sin perjuicio de los derechos de propiedad de cualquiera otro interesado, toda vez que resulte que con la construcción de las obras necesarias para disfrutar dicha concesión infiere daño á un tercero, éste tiene el indisputable derecho de pedir que por el concesionario se hagan las obras necesarias para evitarle todo perjuicio, y que se le mantenga en el goce y pacífica posesión que ha venido disfrutando (5).

Para aplicar las aguas concedidas para un aprovechamiento á otro diverso no ha de hacerse alteración alguna, ni en su calidad, ni en la altura de la presa, dirección y nivel de la corriente. Cualquiera novedad de esta naturaleza que se intente necesita nueva concesión (6).

c). *Aprovechamiento de las aguas públicas para riego.*—Si una sentencia deniega á una heredad el derecho de riego, porque siempre fué de seco, y jamás lo ha tenido ni por costumbre, ni por posesión, no infringe el Derecho consuetudinario (7).

La reconstrucción de presas ha de consistir en la simple reposición de las que existían sin alterar la derivación, y no habiendo mediado entre la reconstrucción y la destrucción tiempo suficiente para crear derechos á favor de tercero (8).

No infringe los arts. 98, 99 y 149 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, ni la ley 114, tít. 18, Part. III, la sentencia absolutoria de la demanda en que se pide el derribo de tapias levantadas por el demandado sobre el margen del cauce que conduce las aguas de un río á un molino de la propiedad del

(1) Sent. 20 Diciembre 1881.

(2) Sent. 29 Marzo 1852.

(3) Sent. 12 Marzo 1873.

(4) Sent. 18 Marzo 1862.

(5) Sent. 20 Mayo 1866.

(6) Sent. 3 Enero 1871.

(7) Sent. 19 Diciembre 1877.

(8) Sent. 20 Marzo 1879.

actor, cuando declara probado que dicha obra se encuentra en terreno del demandado que éste adquirió libre de gravamen, que el cauce está bastante separado del existente á la fecha de la escritura de compra del molino, en la cual no se menciona el margen del río, y que las citadas obras no impiden el curso del agua y la conservación del cauce, sin que se demuestre que la Sala sentenciadora haya incurrido en error de derecho ó de hecho en los términos que prescribe el núm. 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

**13. AGUAS DE DOMINIO PRIVADO Y APROVECHAMIENTOS DE PREDIOS INFERIORES.**—Tampoco están infringidas la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 en sus arts. 30, 34 y 68, ni la Real cédula de concesión de dichas aguas de 1.º de Diciembre de 1645, ni las leyes 1.ª y 3.ª, tít. 28 de la Part. III, porque los propietarios superiores no pueden reclamar la preferencia en el disfrute, cuando los inferiores tienen adquirido el derecho por título legítimo, como sucede en el caso actual, según la expresada concesión, corroborada por la posesión inmemorial (2).

La ley de 13 de Junio de 1879 establece como principio general en los artículos 5.º y 7.º que los predios superiores por donde discurren las aguas, ó los fronteros ó colindantes con el cauce, tienen sobre los inferiores derecho preferente al riego, principio que sólo se entiende limitado, según el art. 8.º, cuando los dueños de éstos poseen y disfrutan las aguas sin oposición por espacio de veinte años ó cuando, conforme á los principios del Derecho común, esta limitación se pacta entre los respectivos dueños (3).

Los preceptos consignados en el art. 34 y 299 de la ley de 3 de Agosto de 1866, así como la ley 10, tít. 34, lib. III del Código de Justiniano, no son absolutos, porque si en efecto pertenecen al dueño de un predio las aguas que en él nacen, continua ó discontinuamente, no es menos cierto que los dueños de los predios inferiores pueden adquirir derecho á las aguas sobrantes (4).

Para que se entienda vendida con un inmueble la propiedad de la acequia y agua que por él discurre, es menester que el vendedor del mismo la tenga previamente, circunstancia que se sobreentiende en la ley 28, tít. 5.º, Part. V, al declarar incluidos en la venta de la casa los pozos, canales, caños y aguaduchos «é todas las otras cosas que solían ser acostumbradas para su servicio y propiedad anterior», que respeta también la ley de Aguas de 1879 (5).

La sentencia absolutoria de una demanda por la que se pide el caudal de agua necesario para el movimiento continuo de un molino, si el fallo declara que no existe la propiedad ni la posesión continua de tal aprovechamiento, no infringe el principio de que en materia de aprovechamiento de aguas debe respetarse el estado posesorio, ni las leyes 19 y 13, tít. 22, Part. III, y el art. 12 del Real decreto de 29 de Abril de 1860 (6).

(1) Sent. 4 Mayo 1888.

(2) Sent. 20 Diciembre 1881.

(3) Sent. 12 Enero 1883.

(4) Sent. 27 Marzo 1888.

(5) Sent. 19 Diciembre 1888.

(6) Sent. 26 Junio 1889.

Hé aquí las bases generales de la ley, relativas á la propiedad especial de ferrocarriles