

público. Cuando la isla está formada, sale del dominio público del Estado para entrar al privado. Desde tal momento está en el comercio, y por lo tanto, es prescriptible. ¿Cuándo puede decirse que la isla existe? Esta es una cuestión de hecho (1).

304. Cuando la isla se forma en el lecho del río no navegable, pertenece á los ribereños; ¿pero á qué ribereños? El art. 561 decide la cuestión distinguiendo si la isla está formada de un solo lado ó nó. Si es toda entera de un lado, pertenece exclusivamente á los ribereños contra cuyos fundos se encuentra. Si no está formada de un sólo lado, pertenece á los propietarios ribereños de ambos lados, contando desde la línea que se supone trazada en medio del río. Por aquí es, pues, por donde se debe empezar. Se traza una línea en medio del río. Si esta línea atraviesa la isla, los propietarios de ambas riberas tendrán derecho á ella, si no pertenecerá por completo á los propietarios de una de las orillas. Queda por saber cómo se hará la repartición si son de varios. Se aplican los principios que rigen la repartición del aluvión. Remítimos á lo que dijimos en el núm. 294 (2).

305. El art. 562 dice: «Si un río de poco ó mucho caudal, al formarse un brazo nuevo, corta y abraza el campo de un propietario ribereño y forma una isla, ese propietario conserva la propiedad de su campo, aun cuando la isla se haya formado en un río navegable ó flotable.» Esta es la decisión de Pothier, de acuerdo con el derecho romano. La razón es evidenté. El antiguo dueño no puede perder su propiedad, porque está invadida por las aguas y porque está convertida en isla (3). En vano se invocaría el interés de la navegación. Si el Estado tiene un interés en poseer la isla, él debe expropiarla.

1 Aubry y Ran, tomo 2º, p. 255 y nota 29.

2 Demolombe, tomo 10, p. 94, núms. 125-126.

3 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 162.

Núm. 4. Del álveo abandonado.

306. «Si un río navegable, flotable ó nó, se forma un nuevo curso abandonando su antiguo lecho, los propietarios de los fundos nuevamente ocupados toman, á título de indemnización, el antiguo lecho abandonado, cada uno en la proporción del terreno que le ha sido arrebatado» (art. 563). Esta disposición deroga el derecho antiguo, y la derogación no es falsa. Pothier dice que, según el derecho francés, el lecho abandonado pertenece al rey, cuando el río es navegable; á los ribereños, cuando son propietarios de una corriente de agua no navegable (1). Esta es la aplicación del derecho de acesión. El derecho romano lo entendía de otra manera; él atribuía el lecho así como las islas á los ribereños igualmente por una especie de acesión, teniéndose á los ribereños por propietarios hasta el río, lo que comprendía la ribera y todo lo que no estaba ocupado por el río. El código ha abandonado por completo el principio de la acesión en esta materia para no considerar más que la equidad. ¿Pero la equidad permite quitar á los unos para dar á los otros? Esto, no obstante, es lo que ha hecho el art. 563. El lecho abandonado pertenece al Estado ó á los ribereños, según que el río es ó nó navegable. Que el legislador renuncie al derecho del Estado, se comprende; pero al renunciar al derecho de los ribereños los expropia, y tal poder sólo á la ley pertenece. Si los propietarios de los fundos por los cuales el río se abre un nuevo cauce pierden, no tienen el derecho de quejarse; es éste un caso fortuito que cae sobre el propietario. Los autores critican, además, y con razón, la manera de indemnización imaginada por el legislador francés: no insistiremos en este punto, porque nuestro objeto no es criticar la ley sino explicarla (2).

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núms. 160, 161 y 164.

2 Aubry y Rau, tomo 2º, p. 256, nota 33. Demolombe, tomo 10, p. 143, número 164.

307. El art. 563 atribuye, á título de indemnización, á los propietarios de los fundos nuevamente ocupados, el antiguo lecho abandonado. ¿Qué debe entenderse por lecho? ¿el terreno que cubren las aguas bajas, medias ó altas? Ya hemos contestado á esta cuestión acerca de la cual se hallan de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia: el lecho comprende de todo el terreno que el río cubre cuando las aguas están en su mayor elevación. Allí está el dominio del río; lo que excluye el terreno cubierto por las inundaciones. Nosotros insistiremos más adelante acerca de este último punto.

Hay otra dificultad concerniente al lecho. ¿Debe entenderse por esto los terromonteros que allí se han formado, los aluviones, las islas y los islotes? También hemos contestado esta pregunta. Todos estos terrenos son de nueva formación: es decir, que no existen como propiedades separadas sino cuando están formados. Mientras el aluvión se halla en estado de formación, los ribereños no tienen derecho á él, forma parte del lecho y pertenece, por consiguiente, á aquellos á quienes se atribuye el lecho. Sucede lo mismo con los terromonteros que se forman en el lecho, sin adherencia á la ribera, siguen al lecho como accesorios por todo el tiempo que están confundidos con el lecho. Pero desde el momento en que el aluvión existe, desde el momento en que hay una isla, un islote, un terromontero, distintos del lecho, entran al dominio de los ribereños ó del Estado, y no pueden, por consiguiente, ser reclamados por aquellos que no tienen derecho más que al lecho (1).

308. ¿Es aplicable el art. 563 cuando el cambio de lecho de un río no es la obra de la naturaleza? Si un río se forma un nuevo curso, dice la ley: lo que quiere decir que el cambio del lecho se debe únicamente á la acción de las

1 Tolosa, 22 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 2, 128).

aguas. Luego si el cambio de lecho es la obra del hombre, el texto deja de ser aplicable; la naturaleza es la que expropia á los nuevos ribereños, y también es la naturaleza ó un sentimiento de equidad natural lo que parece atribuirles como indemnización el antiguo lecho abandonado por el río. Si ciertos trabajos emprendidos por el Estado ó por compañías han cambiado el curso de un río, se vuelve al derecho común derogado por el art. 563 por una consideración de equidad. Por el hecho solo de ser excepcional esta disposición, es de estricta interpretación, supuesto que las excepciones no pueden extenderse nunca, ni por vía de analogía.

La corte de Metz así lo ha fallado en el caso siguiente. Un decreto autorizó á la compañía de caminos de fierro del Este para construir una vía férrea de Sedan á Thionville. La compañía tropezó con el río de Chiers, cuyas numerosas sinuosidades la obligaron á construir puentes y obras de arte muy costosas. La compañía solicitó y obtuvo la autorización para derivar la corriente del Chiers. ¿A quién pertenecía el antiguo lecho? Los propietarios de los terrenos ocupados por la nueva corriente del río no tenían, en verdad, derecho ninguno, supuesto que se les había indemnizado. Pero la compañía propietaria ya de aquellos terrenos á causa de la expropiación, reclamó á título de indemnización, el lecho abandonado. Esta pretensión no tenía ningún fundamento. La compañía invocaba en vano el art. 563, que suponía un cambio de lecho natural, siendo así que aquella había abierto un lecho nuevo, por propio interés, y estaba ampliamente indemnizada de sus gastos por los que evitaba. La compañía invocaba, igualmente en vano, una enagenación ó un cambio que el Estado habría consentido entre el antiguo y el nuevo lecho. La corte contesta muy

bien que la autorización para derivar el curso del Chiers no implicaba ninguna convención, porque semejante convención carecería de sentido; el Estado ningún interés tenía en comprar el nuevo lecho, en atención á que debía de llegar á ser su propietario en virtud de la concesión (1).

Núm. 5. De la inundación.

309. El código no prevee el caso en que un río inunda los fundos vecinos y los cubre durante un tiempo más ó menos largo. Cuando al cabo de algunos años las aguas se retiran, ¿los antiguos propietarios recobran su derecho de propiedad en los terrenos que cesan de estar invadidos? El código no prevee el caso de inundación, y era inútil preverlo, siendo suficientes los más sencillos principios para resolver la cuestión. Debe decirse, con la corte de casación, que los antiguos propietarios, al retirarse las aguas, no hacen más que retener lo que jamás han perdido (2). En efecto, ¿por qué causa habrían perdido ellos la propiedad de heredades? ¿Por la inundación? La invasión de las aguas no es más que un obstáculo pasajero en el ejercicio del derecho de propiedad; y porque yo no puedo ejercitar mi derecho, ¿se infiere que lo pierdo? Esto pasa cuando hay prescripción. Pero en este caso, no hay prescripción posible; en efecto, para prescribir se necesita poseer; y ¿quién es el que posee los terrenos invadidos por el agua? El antiguo dueño es el que continúa poseyéndolos, porque la intención es suficiente para conservar la posesión. Mientras que para adquirir la posesión se necesita un hecho material, hecho que es imposible en tanto que las aguas cubren los terrenos. La posesión no puede comenzar contra el antiguo

1 Metz, 27 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1866, 2, 231).

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Enero de 1835 (Daloz, *Propiedad*, núm. 528, 2º)

propietario sino desde el momento en que las aguas han abandonado los fundos que habían invadido; ahora bien, nosotros estamos suponiendo que en dicho momento el antiguo dueño se presenta para ejercitar su derecho.

¿Quién podría disputárselo? Las contiendas no han escaseado, pero no tenían el menor fundamento. Se alega el derecho de aluvión. La corte llama á esto un *falso pretexto*, y hace bien en vituperar la codicia que impulsa á los propietarios á extender sus dominios á expensas de sus vecinos: ¿Cómo había de haber aluvión allá en donde no hay ribereño? ¿y la inundación cambia acaso las orillas del río? Esto podría suceder, pero entonces ya no se trata de una simple inundación, se trata de un nuevo lecho que el río se abre. En tanto que no hay más que una invasión temporal de las aguas, nada se ha cambiado ni en el lecho, ni en las riberas; luego siempre son los antiguos ribereños los que siguen siendo ribereños. De modo que si se formasen aluviones en sus fundos, por más que estuviesen invadidos por las aguas, ellos los aprovecharían. Esto es lo que la corte de casación ha decidido también, y nada más jurídico (1).

Estos principios los enseñaban los juriconsultos romanos con el tono de certidumbre que es el signo de una verdad evidente. ¿Qué ha cambiado en los fundos invadidos cuando las aguas se retiran? Nada, dice Gajus; el fundo es, después de la inundación, lo que era antes de estar inundado; continúa, pues, perteneciendo á su dueño (2). Estos principios eran también seguidos en el antiguo derecho francés; pero estaban oscurecidos por las usurpaciones del feudalismo y por las pretensiones del fisco, más ávido todavía que los señores y más poderoso que ellos. Se lee en las Institutas

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Febrero 1869 (Daloz, 1870, 1, 148).

2 L. 7, pfo. 6, D., de *adquirendo rerum dominio* (XII, 11).

de Loysel: «El río quita y da al señor alta justicia; pero *motte ferme* permanece al propietario *tré foncier* (1). Esta era una derogación de los verdaderos principios, y digamos la expresión, era violar el derecho de propiedad. En efecto, para que el propietario pudiese recobrar su heredad, debía probar que cualquier parte de su fundo, una *motte ferme*, había permanecido constantemente encima de las aguas, de suerte que, en el caso de una inundación completa, el propietario perdía su heredad; el señor alta justicia ó el rey se apoderaban de ella. El código ignora esta iniquidad de la *motte ferme* (2),

§ III—DEL DERECHO DE ACCESION EN CUANTO A LOS ANIMALES.

310. Según los términos del art. 564, «los pichones, conejos, pescados, que pasan á otro palomar, conejera ó estanque, pertenecen al propietario de esos objetos, con tal que no hayan sido atraídos por fraude y artificio.» El código coloca esta manera de adquisición en la sección I, que trata del derecho de accesión relativamente á las cosas inmobiliarias. En efecto, la ley considera á los pichones, á los conejos de los conejares y los pescados de los estanques como inmuebles por destino (art. 524). ¿Cuál es la razón de esta accesión inmobiliaria?

Pothier dice que los pichones, conejos y pescados son animales *ferae naturae*. Esto no es exacto, ni por los derechos, ni por el derecho. Si fueran animales salvajes, no formarían un accesorio del fundo; no ligándolos nada al fundo en donde se hallan momentáneamente, estos animales jamás son inmuebles; conservan completa libertad, y por consiguiente, su naturaleza mobiliaria; el hombre no ad-

1 Loysel, *Institutas consuetudinarias*, lib. 2º, tit. 2º, regla 9.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *motte ferme*; Demolombe, t. 10, números 172, 174.

quiere su propiedad sino por la ocupación. Mientras que los pichones, conejos y pescados, en el caso previsto por el artículo 564, son muebles y se adquieren por vía de accesión. Buffon ha descrito con su habitual elegancia el carácter de los animales que no son ni salvajes ni domésticos. Al hablar de los pichones, el gran naturalista dice: «Realmente no son ni domésticos, como los perros y los caballos, ni cautivos como las gallinas; son más bien prisioneros voluntarios que se mantienen en el alojamiento que se les ofrece en tanto que en él están á gusto, en tanto que hallan alimento abundante, la yáciga agradable y todas las comodidades de la vida. Por poco que algo les falte ó les desagrade, desamparan y se dispersan para irse á otras partes.»

Ahora se comprenderá por qué dichos animales pertenecen por derecho de accesión al propietario del fundo en el cual viven por hábito. Pothier dice muy bien, que estos animales conservan su libertad natural; realmente no somos sus propietarios, como lo somos de nuestros caballos y de nuestras gallinas; si disfrutamos de su propiedad, es porque forman parte de nuestro palomar en el cual se han establecido; nosotros somos propietarios de un palomar poblado de pichones, no somos propietarios de ellos, haciendo abstracción del palomar. Y si las palomas dejan mi palomar, por esto sólo ceso de tener un derecho sobre ellas; si se establecen en otro palomar, no puedo reclamarlas, porque no me pertenecían, y porque, por accesión, han venido á ser propiedad del dueño de ese palomar (1).

311. El art. 564 agrega: «con tal que no hayan sido atraídos por fraude y artificio». ¿Cuál es el sentido de esta restricción? Las expresiones *con tal que* marcan una condición; luego significan en el art. 564 que el derecho de

1 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 166 (Daloz, *Propiedad* núm. 615); Demolombe, tomo 10, núm. 150.

accesión, en cuanto á los animales, no tiene lugar sino con la condición de que no hayan sido atraídos por fraude y artificio. Luego si hay fraude, el derecho de accesión no tiene lugar; es decir, que en este caso el antiguo dueño tiene el derecho de reclamarlos. Faure, el informante del Tribunalado, explica la ley en este sentido: «Si los animales, dice él, han pasado de un fundo á otro, el antiguo propietario no habrá perdido sus derechos en ello. La falta de probidad no puede ser un medio de adquirir (1).

Interpretado de esa manera, el art. 564 es contrario á los principios tales como Pothier los enseña y tales como se deducen de la naturaleza del derecho de accesión. No es exacto decir, como lo hace el informante del Tribunalado, que el antiguo propietario no pierde sus derechos: él no tenía derecho sobre aquellos animales, como tales, luego no puede perderlos. Si el propietario del palomar adonde los pichones se van á establecer adquiere un derecho sobre ellos, no es el fraude su título de adquisición, es la accesión. Sin duda que por su fraude ha causado un perjuicio al propietario del palomar que los pichones abandonan, y debe reparar dicho perjuicio. Esto es lo que Pothier dice igualmente; prevee el caso de fraude, y decide que á pesar de él, hay accesión, salvo los daños y perjuicios á que está obligado el que ha empleado el fraude. ¿Debe mantenerse la doctrina de Pothier bajo el imperio del código civil? Muchos autores lo hacen (2), y nosotros no pediríamos otra cosa que hacer otro tanto. Pero el texto del del art. 564 difícilmente se consilia con los verdaderos principios, y el

1 Faure, Informe rendido al Tribunalado, núm. 21 (Loché, tomo 4º, p. 91); Aubry y Rau, tomo 2º, p. 247, nota 4 y los autores que allí se citan.

2 Pothier, *Del dominio de propiedad*, núm. 167. Durantón, tomo 4º, núm. 428; Demolombe, tomo 10, núm. 178. Marcadé, sobre el artículo 564. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, tomo 2º, núm. 129.

texto es superior á los principios. Este no es el único caso en el cual los autores del código Napoleón se han separado del rigor del derecho para inspirarse en la equidad. Desde el momento en que el legislador interviene, el intérprete debe callarse.

De hecho, la cuestión tiene poca importancia, supuesto que las más de las veces será imposible la reivindicación, no pudiendo distinguirse los animales que emigran de aquellos en medio de los cuales vienen á establecerse. Por la misma razón sería difícil probar el daño. Sin decirlo se entiende que ya no puede ser cuestión de daños y perjuicios si no hay fraude. En efecto, no es suficiente que haya un daño para que haya lugar á daños y perjuicios, se necesita además que el daño resulte de un hecho imputable; ahora bien, en el caso de que se trata, el daño resulta de los animales que siguen su instinto.

§ IV.—DE LA ACCESION MOBILIARIA.

Núm. 1. Principios generales.

312. El art. 565 asienta un principio que parece dominar esta materia, dice: «El derecho de accesión cuando tiene por objeto dos cosas mobiliarias pertenecientes á dos dueños diferentes, está enteramente subordinado á los principios de la equidad natural. Las reglas siguientes servirán de ejemplo al juez para determinarse, en los casos no previstos, según las circunstancias particulares.» Acabamos de decir que esa disposición *parece* establecer un principio fundamental que rige toda accesión mobiliaria. En realidad, el art. 565 no hace más que aplicar á la materia de la accesión las reglas generales de la interpretación de las leyes. Luego es perfectamente inútil, como ya lo hizo notar el Tribunalado, y hasta inexacto. No es cierto decir que la ac-