

también adquirirlo por expropiación pagando una indemnización (1).

La explicación nos parece poco satisfactoria. Ella desconoce el carácter de la servidumbre establecida por el art. 643. Esta es una servidumbre de utilidad pública que tiene su principio y su justificación en la necesidad. Existe de derecho pleno, y sin ninguna notificación; todo lo que se dice de una declaración de voluntad y de una expropiación es de pura invención, porque la ley no conoce ni la palabra ni la cosa. Y nada más natural. Hay necesidades urgentes que satisfacer, luego es preciso que el derecho nazca desde el momento mismo en que nacen las necesidades. Así es que la interpretación que estamos combatiendo introduce en la ley una idea que le es extraña. Y en definitiva, la explicación nada explica; la única dificultad que presenta el art. 643 es una dificultad de texto, y ésta subsiste. En efecto, al final del artículo se habla de una prescripción adquisitiva. Se pregunta que para qué. ¿Acaso no es el derecho común en virtud del art. 641? ¿y por qué repetir en el 646 lo que ya se encuentra en los precedentes? A propósito de la indemnización, la ley habla de la prescripción. Y el derecho de indemnización prescribe por prescripción extintiva y no por prescripción adquisitiva. En el título de las *Servidumbres* hay una disposición enteramente análoga. El propietario de un predio enclavado tiene una servidumbre de paso, con cargo de pagar una indemnización; hé aquí una servidumbre legal, que existe de derecho pleno, aun á pesar del propietario del predio en el cual se ejerce. Pero éste tiene derecho á una indemnización, la cual es prescriptible, dice el artícu-

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, ps. 757 y siguientes, según Valette. Compárese, Proudhon, t. 4º, núm. 1388. En sentido contrario todos los autores citados en Aubry y Rau, t. 3º, p. 43, nota 39. Hay en favor de la opinión de Proudhon un fallo del tribunal de Grasse, de 24 de Enero de 1844 (Daloz, 1846, 2, 223).

lo 685. ¿Para esta prescripción se necesita una posesión de la servidumbre? ¿Se trata de una prescripción adquisitiva? Nó, el código dice formalmente que la "acción de indemnización" es la prescriptible. Luego la prescripción es extintiva. ¿Por qué había de ser adquisitiva en un caso idéntico, el del art. 643? Allí donde hay idénticas razones para decidir, debe recaer la misma decisión.

*Núm. 2. De las aguas pluviales.*

223. El código civil no habla de las aguas pluviales, salvo para decir que el propietario debe establecer sus techos de modo que las aguas pluviales se derramen en su terreno ó en la vía pública. Este vacío ha dado margen á grandes dificultades. Dice una sentencia de la corte de Lieja, que no conteniendo el código ninguna disposición sobre el curso de las aguas pluviales, deben consultarse las leyes y la jurisprudencia antiguas, y notablemente el derecho romano (1). Ya veremos que el derecho antiguo no ha impedido interminables controversias.

Hay un principio acerca del cual todos están de acuerdo, y es que las aguas pluviales pertenecen al primero que las ocupa. Claro es que en el momento en que caen del cielo no son de nadie, son un elemento de la naturaleza que se confunde con el aire y las nubes; pero desde el instante en que ya cayeron, se vuelven objeto de una expropiación. Las aguas pluviales que se hallan en mi predio me pertenecen ciertamente; queda por saber con qué título. Se dice que por derecho de ocupación (2). Nos parece que más justo sería decir que las aguas pertenecen al propietario del terreno en el cual caen, por derecho de acce-

1 Lieja, 31 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 45).

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1299. Compárense las sentencias de Caen, de 26 de Febrero de 1844 (Daloz, 1845, 4, 490), y de Dijon, de 17 de Junio de 1864 (Daloz, 1865, 2, 97).

sión. La ocupación supone una toma de posesión; y ¿se necesita que yo avance un acto cualquiera para llegar á ser propietario de las aguas pluviales que cubren mi predio? Ciertamente que nó; yo soy su propietario por el hecho solo de que se hallan en mi propiedad, en virtud del principio general de la accesión: "la propiedad del suelo, dice el art. 552, tiene implícita la propiedad de lo de encima y de lo de debajo."

224. Siguese de aquí que las aguas pluviales son el objeto de una propiedad absoluta. Bajo este concepto, se pueden comparar con los manantiales que brotan en un predio: que el agua salga de un predio, ó que se infiltre ó que lo cubra, de todos modos se confunden con el suelo con el mismo título que éste; es decir que el dueño tiene la propiedad plena é íntegra. Luego hay que aplicar á las aguas pluviales lo que hemos dicho de los manantiales. El propietario puede absorberlas en usos agrícolas, industriales ó de simple amenidad, puede derivarlas; aun cuando las hubiese dejado correr durante un tiempo inmemorial al fundo inferior, él puede á toda hora retenerlas para emplearlas á su antojo (1).

225. Esto casi ni se discute cuando se trata de aguas pluviales que caen en una propiedad privada. Hay, sin embargo, una sentencia de la corte de Gante que parece haber resuelto lo contrario. La decisión está formulada de esta manera: "el propietario del predio superior no puede cambiar á su antojo la dirección natural del derrame, sin utilidad real para su predio y con perjuicio del predio inferior que dichas aguas regaban" (2). Si tal fuera el sentido de la sentencia, habría que decir que es contraria á los principios más elementales que rigen la propiedad.

El propietario hace de su cosa lo que se le ocurre, pue-

1 Gante, 27 de Enero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 223).

2 Gante, 27 de Enero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 233).

de no usarla; y ¿será ésta una razón para que otros se apoderen de la cosa con el pretexto de que es inútil á su dueño? Sin duda que el legislador habría podido establecer otros principios para las aguas que la naturaleza ha destinado al uso de todos. Pero no lo ha hecho. Por lo mismo, permanecemos bajo el imperio del art. 544; el propietario de las aguas pluviales, como el propietario de un manantial, tiene el derecho de disfrutarlas y de disponer de ellas de la manera más absoluta. Esto se falló así respecto á los manantiales, y no puede rebatirse seriamente, núm. 188. ¿Pero se ha expresado bien el sentido de la sentencia de Gante? Ciertamente es que la corte hace constar que se ha cambiado la dirección natural de las aguas sin utilidad para el predio superior y con perjuicio del inferior; en seguida avanza como principio que el propietario no puede cambiar la corriente de las aguas sin utilidad para él y con perjuicio de un propietario inferior; pero tiene cuidado de agregar el interés de esa decisión: "supuesto que, dice la sentencia, está prohibido obrar con el único fin de hacer daño á alguien." Tal es el motivo determinante de la sentencia, y el que Ulpiano daba para los manantiales, núm. 188, y que no es más que la aplicación de los principios generales del derecho. Por absoluto que sea el derecho de propiedad, recibe sus limitaciones, y una de ellas es esta máxima que la conciencia proclama y que todas las legislaciones consagran: el dolo es una excepción, aun cuando la ley no lo escribe en sus textos. Siempre es uno responsable de su dolo, es decir que nadie puede usar de su derecho con el único objeto de causar daño á otro. Entendida de esta manera, la decisión de la corte de Gante es muy jurídica.

226. ¿Qué debe resolverse de las aguas pluviales que caen á la vía pública? Todos aceptan que los ribereños pueden hacerlas derivar hacia sus predios, como que á na-

die pertenecen, y por derecho de ocupación (1). Esto no nos parece del todo exacto. Las aguas pluviales se confunden con el predio en el cual caen; las que caen en la vía pública vienen á ser un accesorio de la calle, ó del camino en el cual se encuentran. Ahora bien, las calles y los caminos son una dependencia del dominio público del Estado, de las provincias ó de las comunas; luego las aguas pluviales se incluyen también en el dominio público. Esto es muy singular, pero el rigor de los principios así lo requiere. Hay, sin embargo, una diferencia entre la vía pública y las aguas que la cubren; la vía pública está destinada á la circulación, y con tal título, se halla fuera del comercio; mientras que las aguas estorban, al contrario, la circulación é importa hacerlas derivar; la administración, que tiene á su cargo las vías públicas, cuidará de que las aguas no estorben la comunicación; luego ella puede permitir á los ribereños que las hagan derivar hacia sus predios. Generalmente el permiso es tácito, pero basta con esto. Luego si los ribereños pueden ocupar las aguas pluviales que se derraman en los caminos, es en virtud de una autorización tácita de la administración y no por derecho de ocupación.

Infiérese de esto que la administración puede conceder el uso de esas aguas á uno de los ribereños, estipulando un precio por dicha concesión. Se ha negado tal derecho á la administración, pero sin una sola buena razón. Las aguas son *res nullius*, se dice; luego pertenecen al primero que las ocupa (2). Sí, si los ribereños quieren ocupar las aguas en las nubes, pueden hacerlo; pero desde el mo-

1 Lieja, 31 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 35). L. 1.º, párrafo 21, D., "de aqua et aquæ pluvial." (XXXIX, 3). Compárense los autores citados por Aubry y Rau, t. 3.º, p. 44 y nota 4.

2 Demolombe, t. 11, p. 142, núm. 116. Duranton, t. 5.º, núm. 159, p. 135. En sentido contrario, Prondhon, *Del dominio público*, t. 4.º, números 1337-1338. Aubry y Rau, t. 3.º, p. 44, nota 5, y las autoridades que citan.

mento en que caen en un fundo cualquiera, el derecho de ocupación cesa porque las aguas acceden al suelo. Aun cuando se admitiese aquel derecho de ocupación, no por eso los ribereños estarían muy adelantados. En efecto, ¿acaso no pueden también ejercer el derecho de ocupación la comuna, la provincia y el Estado? Ahora bien, ellos lo ejercen al conceder el uso de las aguas. Nada más legítimo; encargado el Estado del mantenimiento de las vías de comunicación, tiene el derecho y el deber de cuidar del derrame de las aguas. Al Estado corresponde, pues, ver cuál es el mejor medio de lograr ese objeto. Si él puede procurarse una renta, á la vez que consigue la derivación de las aguas ¿quién podrá disputarle ese poder?

227. Del principio de que los ribereños de una vía pública adquieren las aguas pluviales, no por derecho de ocupación, sino por vía de autorización, se sigue que no tienen un verdadero derecho de propiedad, porque las concesiones de todo lo concerniente al dominio público son esencialmente revocables. El Estado puede disponer del terreno que forma el camino, cuando éste se suprime; desde este momento cesan también las concesiones que aquél ha otorgado. Luego si á causa de trabajos públicos ejecutados por el gobierno, los ribereños pierden el uso de las aguas pluviales que habían derivado con el permiso tácito de la administración, no pueden reclamar indemnización; por consiguiente, ese uso precario de las aguas no se toma en consideración para valuar el monto de la indemnización á la cual tienen derecho los ribereños en caso de expropiación por causa de utilidad pública. No sucedería lo mismo si, por trabajos públicos, los ribereños expropiados de una parte de sus predios se vieran privados del goce de las aguas que se derramaban en estos predios, por la parte de propiedad que les queda; habría lugar á indemnizarlo por este capítulo

228. Acabamos de decir que el derecho á las aguas pluviales que caen en una propiedad privada son objeto de una propiedad absoluta. Esto casi no es dudoso si el predio absorbe las aguas ó si el propietario las emplea de otra manera. Pero cuando las aguas pluviales se derraman del predio superior al inferior, nace la cuestión de saber si deben aplicarse á las aguas pluviales los principios que rigen á las aguas corrientes. Ciertamente es que los predios inferiores están sujetos á recibir las aguas pluviales que naturalmente bajan de los predios superiores (art. 640). Volveremos á ocuparnos de este punto cuando tratemos de las servidumbres concernientes á las aguas. ¿Hay que aplicar también á las aguas pluviales el principio establecido por el art. 644, y por consiguiente, el 645? El art. 644 supone una agua que corre por la orilla de una heredad ó que la atraviesa. Por todo el tiempo que las aguas pluviales no forman arroyo, no puede tratarse de aplicar disposiciones que implican la existencia de un arroyo. ¿A quién, pues, pertenecerán las aguas pluviales? Hay que decir que conservarán su naturaleza de aguas pluviales en el sentido de que si las deja correr aquél en cuyo predio han caído, el propietario inferior podrá apoderarse de ellas, igualmente á título de accesorio de su suelo, porque desde el momento en que dejan un predio, cesan de ser el accesorio de éste para serlo del predio por donde se difunden. Esto no quiere decir que este último predio adquiera un derecho en el derrame de las aguas; más adelante diremos con qué condiciones adquirirá tal derecho. El propietario superior puede siempre retener las aguas, entretanto que el propietario inferior no tenga ni título ni prescripción. Deliberadamente decimos el *propietario inferior* y no los *ribereños*, porque no puede haber ribereños mientras no hay un río.

Pero cuando las aguas pluviales forman un arroyo, sur-

ge la cuestión de saber si los arts. 644 y 645 son aplicables. No vacilamos un solo instante en contestar afirmativamente. El art. 644 está concebido en los términos más generales; se aplica á toda "agua corriente que no sea la que se declara dependencia del dominio público," sin distinguir si proviene de un manantial, de la fusión de los hielos ó de aguas pluviales. No había lugar á distinguir. ¿Qué importa de qué manera se forme una corriente de agua? Esto es obra de la naturaleza, y desde el momento en que es obra de ella, debe aprovechar á todos los ribereños, porque la naturaleza destina las aguas corrientes á todos, y la ley consagra las miras de la naturaleza. ¿En dónde estaría la razón de diferencia entre los arroyos formados de aguas de manantial ó de nieve y los arroyos formados de aguas pluviales? ¿por ventura el agua constituirá un elemento diferente según que salga de las profundidades de la tierra ó que caiga del cielo, según que caiga en forma de nieve ó en forma de lluvia?

Hay una sentencia de la corte de Gante en favor de nuestra opinión (1); la jurisprudencia y la doctrina francesas son contrarias (2). Se dice que el art. 644 no se refiere sino á las aguas vivas. Esta es una alegación, pero ¿en dónde está la prueba? Con seguridad que no está en el texto el cual no exige más que una sola cosa, y es que haya corriente de agua; y el espíritu es tan general como el texto. ¿Sería porque las aguas pluviales no tienen un curso continuo? Y ¿qué importa? ¿Acaso los manantiales corren siempre? ¿acaso no hay arroyos secos en las grandes sequías? Cuando no hay aguas, los ribereños no se disputarán su uso; lo que no les impedirá apoderarse de ellas des-

1 Gante, 7 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 273).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 46, nota 1, y las autoridades que ellos citan. Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Servidumbre*, num. 337, 1º y 2º.

de el momento en que vuelvan á aparecer. ¿Se dirá que las aguas pluviales aun volviéndose aguas corrientes, siguen siendo una propiedad absoluta? Sí, en el sentido de que el propietario de los predios en los cuales caen puede retenerlas, absorberlas, aun cuando hubiera dejado correr, aun cuando hubiese formado una agua corriente. Pero no está en esto la cuestión. De hecho, ellas forman una agua corriente; ¿deben aplicarse los arts. 644 y 645? Para contestar que sí, basta leer el texto de la ley.

## II. Derechos de los propietarios inferiores.

### a) Aguas que caen en una propiedad privada.

229. Las aguas pluviales que caen en un terreno privado pertenecen al propietario del predio con el mismo título que los manantiales que en éste tienen origen. Todos aceptan este principio. Conduce á esta consecuencia, que las disposiciones de los arts. 641 y 642 son aplicables, por analogía, á las aguas pluviales, en lo que concierne á los derechos que los ribereños inferiores pueden adquirir en el agua del manantial. Hay, no obstante, una diferencia que ya hemos señalado de paso, y en la cual es preciso insistir. El manantial es una agua corriente, y en tanto que está en el predio en donde ha brotado, pertenece exclusivamente al propietario de ese predio; desde el momento en que sale del predio, cae bajo la aplicación del art. 644, y pertenece entonces, en cierto sentido, á los ribereños. No pasa lo mismo con las aguas pluviales. Si el dueño del predio en el cual caen no las utiliza, correrán á los predios inferiores, sin que necesariamente formen un arroyo; luego conservan su carácter de aguas pluviales. De aquí resultan diferencias entre los derechos de los propietarios inferiores, según que reciben ellos aguas pluviales ó aguas

de manantial. En nuestra opinión, el dueño del manantial no puede disponer de éste fuera de su predio, porque cesa entonces de ser manantial para volverse agua corriente, y el dueño del manantial no puede disponer de una agua corriente cuyo uso atribuye á los ribereños. No puede oponerse esta objeción al que recibe primero las aguas pluviales; si las deja correr á los predios inferiores, esto no les impedirá que sigan siendo aguas pluviales hasta que formen un arroyo; luego no está detenido en su derecho de disposición por el art. 644, que no es aplicable en tanto que no hay agua corriente. Luego puede disponer del agua como le ocurra. En este sentido, su poder es más absoluto que el del propietario de un manantial.

Pero por otra parte, el propietario inferior sobre cuyo fundo corren las aguas pluviales tiene derechos más extensos que los que el art. 644 otorga á los ribereños de un arroyo. El derecho de éstos está limitado por el derecho igual de los co-ribereños ó de los ribereños inferiores. Respecto á las aguas pluviales, no hay ribereños, puesto que no hay arroyo. ¿Qué es de ellas al salir del predio en el cual han caído primeramente? A medida que van extendiéndose sobre un predio inferior, acceden al suelo, y en consecuencia, pertenecen al dueño del terreno que ellas cubren. Su propiedad es tan absoluta como la del propietario superior, porque se funda en el mismo principio, el derecho de accesión; luego puede disponer igualmente de las aguas que recibe (1). ¿Quiere decir esto que él pueda oponerse á que el propietario sobre cuyo fundo han caído primeramente las retenga, absorba ó las derive? Ciertamente que nó. Porque éste conserva su derecho en las aguas que caigan, permanece propietario absoluto de ellas, libre para emplearlas á discreción, por todo el tiempo

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 43 y nota 3. Demolombe, t. 11, p. 129, número 105.