

que el propietario inferior no haya adquirido un derecho en las aguas, es decir, en tanto que el predio superior no haya sido gravado con una servidumbre que ponga obstáculos al libre uso de las aguas, sujetándolo al gravamen de dejarlas correr por el predio inferior.

230. ¿De qué manera pueden los propietarios inferiores adquirir esa servidumbre en el predio en donde caen las aguas pluviales? El art. 641 contesta: por título ó por prescripción. Hay que añadir el destino del padre de familia, como lo hemos hecho respecto á las fuentes (número 195). En cuanto al título, no hay dificultad alguna, puesto que la restricción que el art. 643 impone al propietario del manantial no existe para el propietario de las aguas pluviales; luego tiene un poder absoluto de disponer de ellas por un título cualquiera. Como estas convenciones establecen una servidumbre son por lo mismo de estricta interpretación. Son limitaciones á la propiedad absoluta del dueño de las aguas pluviales, pero las restricciones dejan subsistente el derecho, en tanto que no esté derogado. La corte de Limoges ha hecho la aplicación de estos principios á un caso singular. El propietario de dos prados contiguos los vende á dos personas diferentes, é impone á sus adquirentes, en los contratos de venta, un reglamento que tiene por objeto repartir entre ellos el uso de las aguas pluviales que se derramen de los predios superiores. Después, compra uno de estos predios. Para regarlo desvía las aguas que antes se derramaban á los dos predios inferiores. Uno de los propietarios inferiores pide la supresión de las barreras. Se falló que el propietario superior tiene á toda hora el derecho de retener las aguas pluviales y de desviarlas en propio provecho, sin que se le pueda oponer el goce que hubiesen tenido los propietarios inferiores, porque este goce solo no les da ningún derecho. En cuanto á los convenios celebrados entre las par-

tes, únicamente arreglaban el uso de las aguas que los propietarios superiores dejasen correr; no imponían ni podrán imponer á éstos una servidumbre, porque ésta no puede emanar sino del mismo propietario del predio gravado (1).

231. Lo que decimos del título se aplica al destino del padre de familia. La ley pone este modo de establecer las servidumbres en la misma línea que el título (art. 692). con tal que las servidumbres sean continuas y aparentes. Ahora bien, la servidumbre de que se trata es continua, y estamos suponiendo que se anuncia por medio de obras aparentes. Por lo mismo, no hay duda alguna. Más adelante diremos que la cuestión ha sido resuelta en sentido diverso por la jurisprudencia cuando se trata de aguas pluviales derivadas de la vía pública. El mismo disentiimiento, y en el más alto grado, en lo que concierne á la adquisición de la servidumbre por prescripción. La cuestión es controvertida aún respecto á las aguas pluviales que caen en un fundo privado.

232. Hay igualmente controversia sobre el punto de saber si el art. 643 es aplicable á las aguas pluviales. Aquí sí no comprendemos el disentiimiento. El art. 643 prohíbe al propietario del manantial que cambie su curso cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que necesitan. Esto supone una agua corriente. En tanto que el manantial se halla encerrado en el predio en donde brota, el art. 643 no recibe aplicación. Con mayor razón no se puede aplicar á las aguas pluviales que no tienen corriente que únicamente cubren el predio, el cual acaba por absorberlas. ¿Puedese impedir al dueño de esas aguas que cambie su curso, cuando no hay curso? Pero sí desde el momento en que las aguas pluviales se vuelven aguas corrientes, hay lugar á aplicar el art. 643. Se hace una objeción-

1 Limoges, 16 de Junio de 1846 (Daloz, 1847, 2, 55).

El artículo es una disposición exorbitante del derecho común; luego no se le puede extender. Pero precisamente la cuestión está en saber si extenderlo es aplicarlo á las aguas pluviales. Todos están de acuerdo en decidir que el artículo 641 recibe su aplicación, por analogía, á las aguas pluviales, en el sentido de que el propietario puede disponer á discreción.

Así, pues, cuando el art. 643 al continuar el 641, dice: "El propietario del *manantial* no puede cambiar su curso," es como si dijera: "El propietario de las *aguas* no puede cambiar su curso." ¿Hay un vislumbre de razón para establecer una diferencia entre las aguas del manantial y las aguas de lluvia ó de nieve cuando se trata de un arroyo que cubre las primeras necesidades de una comuna? ¿Qué importa la manera cómo se haya formado el arroyo? Lo que constituye y justifica la servidumbre, es que el arroyo es necesario á los habitantes; luego desde el momento en que la necesidad existe, hay servidumbre. La palabra *manantial* de que se sirve el art. 643 no es una condición, sino una simple indicación (1).

233. Se pregunta también si el art. 645 se aplica á las aguas pluviales. Nos parece que la cuestión debe resolverse conforme á los mismos principios. En tanto que las aguas pluviales no formen agua corriente, no puede ser cuestión de aplicar el art. 645, porque éste es continuación del 644, que habla de una agua corriente que orilla ó atraviesa una heredad. Pero desde el momento en que las aguas pluviales formen un arroyo, caen bajo la aplicación del art. 644, y por lo tanto, el 645 se hace igualmente aplicable. Se objeta que las aguas pluviales pertenecen á aquél en cuyo terreno caen.

1 En este sentido, Pardessus, t. 1º, p. 333, núm. 138. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 163, núm. 113. Demante, t. 2º, número 495, bis 1, 57º.

b). *Aguas pluviales que caen á la vía pública.*

234. ¿Deben aplicarse los mismos principios á las aguas pluviales que se derraman de la vía pública, y de las que se apoderan los ribereños con la autorización tácita del Estado, de la provincia ó de la comuna, propietarios de la vía en la cual han caído las aguas? Aquí entramos en un mar de controversias. Antes que todo, deben precisarse los derechos de los diversos ribereños. Nosotros suponemos que el propietario de la vía pública no ha hecho ninguna concesión de las aguas pluviales que de aquélla se derraman. Los ribereños reciben, pues, las aguas, en su calidad de propietarios inferiores, enteramente como si las aguas se derramaran de un fundo privado. Ellos se tornan propietarios de las aguas por derecho de accesión, á medida que se extienden por sus predios; esto no ofrece duda alguna, porque es el derecho común. Al recibir las aguas, ellos no adquieren ningún derecho al derrame de las aguas pluviales contra el propietario de la vía pública. Esto también no es dudoso, puesto que tal es el derecho común. Pero ¿cuáles serán las relaciones de los ribereños superiores y de los inferiores entre sí? El ribereño superior no ocupa las aguas; un ribereño inferior se apodera de ellas; ¿adquiere éste un derecho en las aguas por dicho goce?

Se ha fallado que las aguas pluviales pueden tomarse á su paso por los ribereños de la vía pública, cuando lo estiman conveniente; que si el ribereño inferior se apodera de ellas, esto no impide que el propietario superior desvíe las aguas pluviales á su fundo (1). Estas decisiones son incontestables. Sólo que tenemos que hacer algunas reservas bajo el punto de vista de los motivos para decidir. Se dice que las aguas pluviales que caen á la vía pública son

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Julio de 1825, y Rennes, 1º de Febrero de 1826 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 353, 1º y 2º).

*res nullius* y como tales, se vuelven propiedad del primero que las ocupa, y al mismo tiempo se enseña que la administración tiene el derecho de conceder el uso exclusivo de las aguas que cubren la vía pública (1). Esto es contradictorio. Para que pueda conceder el uso exclusivo de las aguas pluviales, la administración debe tener su propiedad; si es propietario de ellas, no puede decirse que las aguas pluviales sean *res nullius*, y que, con tal título, pertenezcan al primero que las ocupa. De donde se sigue que el derecho de los ribereños no puede fundarse en la ocupación. ¿Cuál es, pues, el derecho de los ribereños y en qué se basa? Si el agua baja naturalmente de la vía pública hacia los predios inferiores, los propietarios de éstos adquieren su propiedad por derecho de accesión; y esta propiedad es tan absoluta como la del dueño del predio en donde las aguas han caído, salvo, como deja entenderse, el derecho de éste último á apoderarse de las aguas y á retenerlas. No es éste el objeto del debate, sino el siguiente. Las aguas bajan de la vía pública por una acequia ó por una especie de canal que corre á lo largo de los fundos ribereños. Uno de éstos las desvía para el regadío de sus campos. ¿Tiene derecho para hacerlo? Ocupa las aguas que pertenecen al propietario de la vía pública, y no puede hacerlo sino mediante una concesión expresa ó tácita. No existe ninguna concesión; luego hay autorización tácita para que todos los ribereños se sirvan del agua; el uso que de ésta hace el ribereño inferior no impide el uso del superior, porque el derecho de todos los ribereños es el mismo, y la administración no pretende conceder un privilegio á uno de ellos en perjuicio de los demás. Si tal fuera su intención, haría una concesión expresa.

Llegamos á la misma conclusión que la doctrina y la jurisprudencia. Los ribereños, como tales, no tienen dere-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 44, notas 4-5, y las autoridades que citan.

cho al derrame de las aguas; si pueden hacerlas derivar á sus predios, es en virtud de una autorización tácita que á todos aprovecha, con título igual. Así, pues, la posesión de los ribereños inferiores no puede oponerse á los superiores. ¿Pero la posesión de las aguas no puede originar convenios entre ribereños, y por consiguiente, el destino del padre de familia y la prescripción?

235. La doctrina y la jurisprudencia admiten que las aguas pluviales derivadas de la vía pública pueden ser objeto de convenios entre los ribereños. En nuestra opinión, todos los ribereños tienen un derecho igual en el uso de esas aguas. Uno de ellos las necesita para la irrigación, mientras que para el otro son inútiles: ¿por qué no convenir en que el último se vede la facultad de derivar las aguas hacia sus predios, en provecho del primero, que tendrá el uso exclusivo de ellas? Nada más legítimo como semejante convenio. En la opinión general que funda el derecho de los ribereños en la ocupación, se llega al mismo resultado (1). Los ribereños se apoderan de las aguas porque á ninguno pertenecen; pero no se pueden ocupar más que las aguas que han caído, y no las que todavía no existen. Luego en la teoría de la ocupación, las partes interesadas no podrían estipular sino sobre las aguas que han ocupado. ¿El derecho de ocupar las aguas que cayeren puede cederse? ¿ó puede notificarse por medio de convenios? Si se considera el derecho de ocupación como propio de los fundos ribereños, puede entonces desprenderse de éstos. Quedaría entonces por conciliar ese derecho de ocupación con el derecho del propietario de la vía pública. Haremos á un lado la dificultad. Poco importa, para

1 Lieja, 24 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 183); Caen, 22 de Febrero de 1856 (*Dalloz*, 1856, 2, 134). Burdeos, 7 de Enero de 1846 (*Dalloz*, 1846, 2, 82).

decidir nuestra cuestión, con qué título disponen del agua los ribereños; siendo que disponen, pueden consentir en algunas restricciones á su derecho de disposición. De aquí nacerá una servidumbre análoga á la del art. 641, en materia de manantiales (1).

236. Si puede haber servidumbre por título, podría también haberla por destino del padre de familia, con tal que la servidumbre sea continua y aparente. Nosotros suponemos que la servidumbre reúne esos dos caracteres, y más adelante probaremos que la servidumbre que consiste en asegurar á un predio el uso de las aguas que corren sobre otro predio es una servidumbre de acueducto, luego continua y aparente, si se anuncia por signos exteriores. Sin embargo, se debate la cuestión. La corte de casación ha fallado que las aguas pluviales que corren por la vía pública á nadie pertenecen, y que no son susceptibles de una posesión exclusiva. Si esto es así ¿no debe inferirse que ellas no pueden ser objeto de un derecho de servidumbre, siendo ésta por naturaleza tan exclusiva como la propiedad? Tal no es la conclusión de la corte. El ribereño, dice ella, puede tomar al paso las aguas pluviales y emplearlas como se le ocurra; luego también puede concederlas á su vecino, sea por título, sea por destino del padre de familia (2). Sin duda que el ribereño puede disponer de las aguas que tiene en su posesión. Pero aquí vuelve á presentarse la objeción que acabamos de hacer. Cuando se establece una servidumbre, no se trata únicamente de las aguas que posee uno de los ribereños, se trata de todas las aguas que caigan á la vía pública, y que ciertamente no las posee el ribereño. Hay que decir más:

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 45, nota 7, y las autoridades citadas en la nota precedente.

2 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Julio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 385). Burdeos, 7 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

aun cuando el ribereño jamás haya disfrutado del agua, basta que tenga el derecho de disfrutar para que pueda limitarlo en provecho de otro ribereño. Pero ¿realmente tiene ese derecho? y ¿con qué título? La sentencia de casación no da la solución de esa dificultad.

La corte de Colmar ha fallado que las aguas pluviales no son susceptibles de servidumbre, porque los ribereños nunca las disfrutaban á título de derecho, sino por tolerancia del propietario superior, y la tolerancia excluye toda idea de derecho (1). La objeción es seria, pero no es decisiva. ¿Respecto á quién es de tolerancia la posesión? Respecto al propietario del fundo en el cual caen las aguas, porque éste puede siempre retenerlas y derivarlas, y el goce más prolongado del propietario inferior no le quita ese derecho; en este sentido dicho goce es precario. Pero precario y todo, el goce de los propietarios inferiores puede ser objeto de convenios; si de él puede originarse una servidumbre convencional, también puede haber lugar á destino del padre de familia. La servidumbre, bajo cualquier título que se establezca, será precaria como la posesión que es su objeto, en el sentido de que no existirá sino por todo el tiempo que el propietario superior no use de su derecho de retener las aguas y desviarlas. Semejante servidumbre habría chocado á los jurisconsultos romanos, que no habrían reconocido en ella el carácter de una verdadera servidumbre, al cual llamaban la perpetuidad de la causa. Pero la mencionada servidumbre nada tiene de contrario á los principios del código, que es menos riguroso que el derecho romano; quizás á la influencia de las ideas romanas se debe que Troplong se haya pronunciado contra esta servidumbre de aguas, cuya propiedad, según él, á ninguno pertenece. “¿Qué cosa es un destino, exclama, para que someta á servidumbre pri-

1 Colmar, 26 de Mayo de 1831 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 357).

BIBLIOTECA CENTRAL U. A. N. L.

vada una cosa que á todos pertenece? ¿No es esto un esfuerzo estéril, una ilusión de la voluntad? (1). Hay todavía otra respuesta á esta objeción, la que presentaremos al examinar la cuestión de la prescripción, en donde dicha objeción vuelve á presentarse en toda su fuerza.

237. ¿El propietario inferior puede adquirir la servidumbre por prescripción? Esta cuestión es muy controvertida y es dudosa. Desde luego hay que separar la autoridad de la tradición romana. Los jurisconsultos romanos enseñan formalmente que la posesión de las aguas pluviales no puede fundar prescripción. ¿Pero qué razón hay para esta imprescriptibilidad? No es, como se dice en nuestros días, porque dichas aguas sean una cosa *nullius*, sino porque las aguas pluviales sólo caen por accidente; y no teniendo una existencia constante, la servidumbre no tendría causa perpetua. Ulpiano y Pablo lo dicen con todas sus letras (2). No entraremos en el debate de la causa perpetua, puesto que se ha reconocido que esta doctrina es extraña al derecho moderno. En este sentido, la corte de Colmar la ha calificado de *anticuada* (3); lo que no impide que influencie á los mejores ingenios sin que se aperciban de ello.

La cuestión se presenta para las aguas pluviales que caen en un predio privado y para las que caen en la vía pública. ¿Hay razones para rechazar la prescripción de una manera absoluta? Nosotros creemos que ningún principio de nuestro código se opone á la prescripción. Para que una servidumbre pueda adquirirse por prescripción, se necesita antes que todo que sea continua y aparente. ¿La servidumbre de que se trata reúne estos dos caracteres?

1 Troplong, *De la prescripción*, núm. 147. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 45 y nota 8.

2 Ulpiano, L. 1º, pfo. 5, D., *agua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1º, párrafo 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Pablo, L. 23, D., *de servitute* (VII 1).

3 Colmar, 24 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1855, 2, 181).

Ya se pone en duda este primer punto, pero infundadamente, á nuestro parecer. ¿En qué consiste la servidumbre reclamada por el propietario inferior? En una conducción de agua; en efecto, los trabajos que él hace no tienen más objeto que conducir las aguas á su predio, derivándolas sea del predio superior en donde se recogen, sea directamente de la vía pública. Para llevarlas á sus terrenos, emprende trabajos que nosotros suponemos aparentes; no hay debate acerca de este punto; la servidumbre es, pues, aparente. También es continua, y aquí tenemos un texto que nos dispensa de toda discusión; el art. 688, que define las servidumbres discontinuas, da como ejemplo las conducciones de agua (1). Luego la servidumbre es todo á la vez, continua y aparente. Queda por saber si la posesión trentenaria requerida para la prescripción, artículo 690, reúne las condiciones apetecidas por la ley. Aquí entramos á la verdadera dificultad.

Según los términos del art. 2229, la posesión debe ser continua. Se pretende que la posesión de las aguas pluviales no podría serlo, supuesto que necesariamente hay intermitencias. La objeción reposa en una falsa idea de la continuidad que la ley exige como condición de toda posesión que sirve de base á la prescripción. Esto no quiere decir que el goce debe ser continuo, sino que el poseedor debe ejecutar los actos de posesión que, según la naturaleza de la casa, puede y debe hacer. ¿La posesión de las aguas de un manantial es continua, permanente? Cuando se emplean en la irrigación, no se sirven de ellas sino en ciertos días y á ciertas horas, y aun este goce se hace imposible cuando la sequía agota los manantiales. No obstante, el código admite la prescripción de las aguas de ma-

1 Sentencia de la corte de casación, de los Estados sardos, de 18 de Mayo de 1855, ha decidido que la servidumbre de que estamos tratando es discontinua (Dalloz, 1855, 2, 241).