

que tiene el ribereño superior para derivar las aguas, debe hacer en el predio de este propietario trabajos que lo pongan en moratoria para reivindicar la libertad de su predio si es que quiere conservarlo (1).

c) Efecto de los derechos adquiridos por los propietarios inferiores

240. Réstanos saber cuáles son los efectos del derecho que adquiera el ribereño inferior contra el superior. En este punto se tienen también que distinguir las aguas pluviales que caen á un fundo privado y las que caen en la vía pública. Las primeras forman una propiedad absoluta, más absoluta aún, á nuestro juicio, que la de un manantial. El dueño del predio puede disponer de ellas como se le ocurra, fuera como dentro de su fundo; puede ceder la propiedad de ellas ó únicamente limitar el derecho que tiene para usarlas. Lo que se dice del título es verdad también de la prescripción; admitiremos, pues, para las aguas pluviales lo que la corte de casación ha decidido, infundadamente, á nuestro juicio, art. 185, respecto á las aguas de manantial. Cosa muy distinta es cuando se trata de aguas pluviales caídas en la vía pública. Aun cuando el ribereño superior las hubiese derivado, no adquiere un derecho al derrame de las aguas, y no puede, ni por título, ni por prescripción, ceder un derecho que no tiene. En esta hipótesis, el ribereño inferior no tiene más que una servidumbre, y una servidumbre muy limitada, puesto que las convenciones y prescripciones celebradas entre dos ribereños de la vía pública no pueden privar á los otros ribereños del derecho que tienen á servirse de las

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 45-46, notas 9 y 10. Colmar, 24 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1855, 2, 180).

aguas, sea á título de "res nullius," sea en virtud de una concesión tácita del propietario de la vía (1).

Núm. 3. De los estanques ó balsas.

1. Propiedad de los estanques.

241. El art. 558 contiene una importante disposición concerniente á la propiedad de los estanques: "El propietario conserva siempre el terreno que el agua cubre cuando ésta se halla al nivel del desagüe del estanque, aun cuando el volumen del agua llegue á disminuir. Recíprocamente, el propietario del estanque ningún derecho adquiere en los terrenos ribereños que su agua cubre en las crecidas extraordinarias." Dáse el nombre de estanque á un caudal de agua contenida por un malecón. Uno ó varios agujeros ó compuertas practicadas en el punto más bajo sirven para poner en seco el estanque, con el objeto sea de pescar, sea de destinarlo al cultivo. Una vertiente, cuya altura y cuyo ancho se calculan por el volumen de agua que la balsa puede contener sin que se inunden los terrenos contiguos, abre una salida al agua, y con esto garantiza á las propiedades vecinas de una inundación (2). El art. 558 supone que hay una vertiente en todo estanque, supuesto que basa en la elevación del punto de desagüe la extensión del terreno de que se compone el estanque. Aun cuando las aguas de una balsa disminuyesen, no por esto el propietario del estanque dejaría de serlo de todo el terreno que el estanque debe cubrir, cuando el agua se halla al nivel del punto de desagüe del estanque. El código civil establece á favor del propietario del estanque una presunción legal de propiedad, que la corte de casación

1 Demolombe, t. 11, p. 146, núm. 117. Aubry y Rau, t. 3º, p. 46 y nota 2.

2 Pardessus, t. 1º, p. 193, núm. 80. Dalloz, en la palabra *aguas*, número 244.

ha formulado en los términos siguientes: "Se considera que no se establecen los estanques sino con la condición de que sus aguas, aun cuando aumenten en masa con las crecidas ordinarias, no pueden desaguar sino sobre terrenos pertenecientes á los propietarios, sin que jamás invadan los de los ribereños" (1). "Esta presunción se funda en una probabilidad que llega casi á certidumbre. Una de nuestras antiguas leyes consuetudinarias contenía una disposición que ha venido á ser el derecho común desde 1789." Permite á todos y á cada uno, dice la constumbre de Orleans (art. 170), que haga en su heredad estanques, compuertas, rejas y arrecifes con tal que no emprendan estas obras sobre el camino ó sobre el derecho ageno." Así es que el que construye un estanque debe hacerlo de modo que no pueda causar daño á los ribereños (2). Esto equivale á decir que aquél debe ser propietario de los terrenos que las aguas cubren en las crecidas ordinarias; y por lo tanto, que él ha debido establecer la altura del desagüe teniendo en cuenta el volumen de agua que el estanque puede contener sin inundar las propiedades de los ribereños. Los propietarios vecinos tienen el derecho de forzar al que construye un estanque en su predio á que no se salga de los límites de los terrenos que deben contener las aguas, en su crecida ordinaria; su interés es una garantía de que el propietario del estanque se reducirá á los límites de su propiedad (3).

242. Para que la presunción legal del art. 558 pueda recibir aplicación, se necesita que haya una vertiente, que marque de una manera invariable la altura normal de las aguas, y que funcione automáticamente, sin intervención de la mano del hombre. Con tales condiciones, el nivel de

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Marzo de 1867, (Dalloz, 1867, 1, 270).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *estanque*, núm. 1 y 2.

3 Demolombe, t. 10, p. 26, núm. 28.

las aguas que han llegado al asiento de la vertiente ó compuerta, es decir al punto en donde se efectúa el desagüe, determina con certeza el límite de los derechos del propietario del estanque, porque hay entonces un signo aparente é inmutable, independiente del movimiento de retirada ó de elevación del agua. Esto explica también la razón que el legislador ha tenido para establecer una presunción de propiedad; ha querido prevenir las incesantes contiendas que surgirían entre el propietario del estanque y los ribereños, si fuesen inciertos los límites del estanque y por consiguiente, si el juez se viera obligado á investigarlos en cada litigio. De esto la corte de casación ha sacado la consecuencia, que no es dudosa, que el propietario del estanque no puede ya invocar la presunción del art. 558 cuando en lugar de una compuerta fija y automática que marque de un modo invariable el nivel del desagüe, ha practicado barreras movibles que le permiten elevar ó bajar á su capricho las aguas. En esto deja de haber probabilidad en la cual el legislador haya podido asentar una presunción, deja de haber garantías para los vecinos. Desde el momento en que ya no hay presunción legal, se vuelve á entrar al derecho común que rige las pruebas (1).

243. El art. 558 dice que el propietario conserva siempre el terreno que el agua cubre cuando ésta se encuentra al nivel del desagüe del estanque. ¿Debe inferirse de esto que el límite de los derechos del propietario esté fijado por la altura de las aguas que han llegado al asiento de la vertiente? La sentencia de la corte de casación que acabamos de citar se ha enunciado en este sentido en uno de sus considerandos. Pero hay una sentencia en sentido contrario que ha resuelto en términos formales que el límite del desagüe está, no en el asiento de la compuerta, sino en el

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1, 309).

punto extremo de elevación de las aguas en el momento de la crecida ordinaria de invierno (1). Hay alguna duda si se atiende uno al primer inciso del art. 558, el cual parece que exclusivamente se fija en la altura del desagüe, es decir, en el asiento de la compuerta. Pero hay un segundo inciso que explica el primero, y en él se dice que el propietario del estanque no adquiere ningún derecho en las tierras ribereñas que su agua viene á cubrir en las crecidas ordinarias. Luego la presunción es que las tierras cubiertas por las crecidas ordinarias pertenecen al propietario del estanque. ¿Qué entiende la ley por crecidas ordinarias y por crecidas extraordinarias? La cuestión está en saber cuál es el carácter de las crecidas de invierno, las cuales son periódicas y tienen un movimiento regular y normal; lo que excluye toda idea de crecidas accidentales, extraordinarias, porque éstas no tienen ni fijeza ni regularidad. Supuesto que las crecidas de invierno vuelven cada año, es más que probable que los terrenos que ellas cubren pertenecen al propietario del estanque; en efecto, éste no tiene el derecho de inundar en cada invierno las propiedades vecinas, y si lo hiciera los ribereños no lo tolerarían. Cuando, al contrario, las crecidas son accidentales, son por este mismo hecho imprevistas; no se puede obligar al propietario del estanque á que adquiera todos los terrenos que las aguas puedan cubrir en las crecidas extraordinarias, supuesto que es imposible preverlas é imposible señalarles límites. Síguese de aquí que la presunción de propiedad existe para las crecidas ordinarias del invierno. Luego se necesita, fijarse no en el límite material de la compuerta, sino tener en cuenta las crecidas ordinarias de invierno. Este es el único medio de conciliar el segundo inciso con el primero.

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Marzo de 1867, de la Cámara civil (Dalloz, 1867, 1, 270).

244. La presunción establecida por el art. 558 supone la existencia de un estanque, es decir, de un terreno cubierto de agua. Si el estanque está sometido á trabajos de desecación que tengan por objeto convertir el estanque en tierras labrantías, ya deja de aplicarse una presunción que implica la existencia de un terreno cubierto regularmente por el agua, en toda su extensión, hasta el punto en que se detienen las crecidas ordinarias de invierno. Cada día el estanque se reduce, y las aguas desaparecen sucesivamente y cada día cubren un terreno menos extenso; mientras que en el orden regular de las cosas, la extensión del estanque es fija é invariable; la presunción del art. 558 es, á la vez, una consecuencia y una garantía de esa fijeza. Desde el momento en que el estanque va disminuyendo todos los días, para desaparecer al fin, la presunción de fijeza deja de tener razón de ser. Se vuelve entonces al derecho común: el debate sobre la propiedad se evacuará por las pruebas que establecen la propiedad, es decir, á falta de título, por la posesión (1).

245. El art. 558 prevee el caso en que el volumen de aquél llegase á disminuir, y decide que el propietario del estanque conservará, no obstante, el terreno que el agua cubre cuando está al nivel del desagüe del estanque. ¿Esta presunción de propiedad es absoluta? ¿no admite ninguna prueba contraria? Se dice á veces que es una presunción *juris et de jure* (2), y con esto se da á entender una presunción contra la cual no se recibe prueba contraria. Este es uno de los errores que tan frecuentes son en materia de presunciones. Las presunciones que no admiten la prueba contraria están definidas en el art. 1352, y basta leerlo

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1868, (Dalloz, 1868, 1, 488).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *aguas*, núm. 257.

para convencerse de que no es aplicable á las presunciones de propiedad que el art. 1351 coloca entre las legales. Ahora bien, desde el momento en que la presunción del art. 558 no es una de las que, por excepción, excluyen la prueba contraria, queda aquélla bajo el imperio del derecho común, conforme al cual la prueba contraria es admisible. Claro es que si ciertos títulos establecieran que el propietario del estanque no es propietario de los terrenos que las aguas cubren en las crecidas ordinarias de la estación de invierno, la presunción cedería ante la certidumbre. ¿Los ribereños podrían invocar también la prescripción fundada en una posesión trentenaria? Se ha fallado que nó, y la doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 558 dice que el propietario *conserva siempre* el terreno que el agua cubre cuando ésta se halla al nivel del desagüe; y al decir que él *conserva siempre* el terreno, aun cuando no lo cubriesen las aguas, la ley supone que los ribereños lo poseen, porque si el propietario del estanque ejecuta en él actos de posesión, déjase entender que no puede perder su posesión. A decir verdad, él conserva de derecho la posesión, por más que los ribereños corten las yerbas ó hagan pacer á sus animales en el terreno abandonado por las aguas; porque la posesión se conserva por la sola voluntad, y en verdad que el propietario del estanque no tiene la intención de abandonar la posesión y la propiedad de su terreno á los ribereños. Estos no tienen, pues, más que una posesión de tolerancia, realmente no poseen, luego no pueden prescribir (1). Por la misma razón, los ribereños no tendrían la acción posesoria (2).

1 Demolombe, t. 10, p. 23, núm. 31. Aubry y Rau, t. 2º, p. 180, nota 5. Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *aguas*, número 258.

2 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Abril de 1811 (Dalloz, "Acción posesoria," núm. 356).

246. El propietario del estanque tiene en su favor una presunción. Si hay una vertiente fija, él puede invocar la presunción legal, y por consiguiente, está dispensado de toda prueba, salvo que los ribereños rindan la contraria. Tal es el derecho común, cuando hay una presunción establecida por la ley. Pero ¿qué se debe resolver si no existe vertiente? Ya no hay presunción legal en favor del propietario del estanque. Así, pues, la cuestión de propiedad deberá resolverse según las reglas generales que rigen las pruebas. Se pregunta si el propietario del estanque puede invocar la prescripción trentenaria. Las aguas cubren los predios ribereños desde hace más de treinta años; ¿equivaldría á título esa larga posesión? Hay alguna duda. Puede decirse que el acto de inundar las tierras de sus vecinos es un delito, y que un delito continuado por treinta años no puede llegar á ser la base de la propiedad. Esto, en general, es cierto, pero no lo es tanto cuando se trata de un estanque, que debe cubrir cierta extensión de tierra; si ésta no pertenece al propietario del estanque, á los vecinos corresponde reprimir sus usurpaciones; su silencio durante treinta años y la posesión son suficientes para fundar la prescripción (1).

247. Si hay una vertiente y los ribereños pretenden que las aguas del estanque han sido cambiadas de lugar, que cubren ahora terrenos que no cubrían en su origen, ¿el propietario del estanque podría rechazarlas invocando la prescripción del art. 558? Se ha fallado que el propietario del estanque podía oponer á los ribereños la presunción de propiedad que la ley establece en su favor, á menos que se pruebe que el cambio de lecho del estanque proviene de sus actos (2). La cuestión nos parece mal planteada. Sin

1 Sentencia de Nancy, de 9 de Marzo de 1837, confirmada por la de denegada apelación, de 17 de Diciembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 253).

2 Pau, 31 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 204).



BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. L.

duda que el propietario del estanque puede invocar la presunción de que hay una vertiente. Pero esta presunción admite la prueba contraria y precisamente debía ser admitida en el caso de que se trata. En efecto, la presunción supone que las aguas permanecen fijadas; si cambian de lugar, llega á faltar la probabilidad en la que descansa la presunción. Ya no puede decirse que es probable que el propietario del estanque fuese propietario de los terrenos en los cuales se extienden las aguas después de su translación, porque las aguas no debían cubrir esos terrenos cuando se construyó el estanque, luego no era necesario que el dueño del estanque tuviese la propiedad de aquellos. Era necesario, por consiguiente, en el caso que estamos examinando, admitir á los ribereños á probar que el lecho del estanque estaba trasladado por el cambio operado en la dirección de las aguas; por lo tanto, su presunción quedaba en pie, y se volvía al imperio de los principios generales.

II. Derechos de los ribereños.

248. ¿Las disposiciones del código que rigen las aguas corrientes son aplicables á los estanques? Se pregunta, en primer lugar, si los propietarios inferiores están sujetos á recibir las que bajan del estanque, en virtud de la servidumbre natural consagrada por el art. 640. La negativa es evidente, puesto que se halla escrita en el texto de la ley; los predios inferiores están únicamente obligados á recibir las aguas que bajan *naturalmente* de los predios superiores, y sin que *la mano del hombre haya contribuido* á ese resultado: lo que excluye á los estanques. Se ha presentado, sin embargo, un caso en el cual el tribunal de Bruselas ha admitido una servidumbre de derrame en provecho de los estanques superiores y á cargo de un estanque

inferior. El propietario de los estanques superiores pretendía tener el derecho de hacer correr el agua al estanque inferior, pero careciendo de título, y no pudiendo prevalerse de la prescripción por una servidumbre discontinua, invoca, desesperando de su causa, la analogía que resulta del art. 640, y la necesidad que da al propietario enclavado un paso por los predios vecinos (art. 682). El tribunal de primera instancia acogió esas pretensiones fundándose en la equidad y en el interés de la agricultura. Esto era desconocer el principio elemental de interpretación que no permite que se extiendan las servidumbres legales. La corte de Bruselas reformó el fallo y decidió que los arts. 640 y 682 eran extensivos al caso que se cuestionaba. Pero admitió al propietario de los estanques á la prueba de que antes de la publicación del código civil, había adquirido por la posesión inmemorial la servidumbre de derrame.

La cuestión presenta, además, otra faz. En el antiguo derecho, había costumbres que admitían el gravamen de los propietarios inferiores como una especie de servidumbre legal. Tal era la costumbre de Orleans cuyo art. 175 estaba concebido en estos términos: "Cuando dos estanques están tan próximos que el superior no puede vaciarse pará la pesca, el propietario inferior debe, dentro de los tres días de la intimación que se le haga, alzar la compuerta de su estanque y evacuar el agua, de modo que el estanque más elevado pueda ponerse en pesca (1)." Esta disposición formaba el derecho común en los países regidos por el derecho consuetudinario. Se pretende que todavía está vigente, en virtud del art. 645 que dice: "En todos los casos deben observarse los reglamentos particulares y locales sobre las corrientes y el uso de las aguas." ¿Deben comprenderse bajo el nombre de *reglamentos* loca-

1 Pothier, "Costumbre de Orleans," art. 175.

BIBLIOTECA CENTRAL U. A. N. L.