

el propietario superior cava un pozo, se admite que el propietario inferior está obligado á recibir las aguas, si no es posible rechazarlas al subsuelo, ó darles otra salida; pero en este caso, se obliga al propietario superior á que pague una indemnización al propietario inferior (1).

Esto nos parece enteramente inadmisibile. Una de dos: ó hay servidumbre natural, y entonces no hay lugar á indemnización (núm. 356); ó no hay servidumbre natural, y entonces ¿con qué derecho se impondría al propietario inferior el gravamen de recibir el agua, aun cuando fuese por medio de una indemnización? Imponer una servidumbre, es desmembrar la propiedad, es expropiar; y no se expropia sino en virtud de la ley. Hay una ley que permite el derrame forzoso del agua, mediante indemnización. Conforme á los términos de la ley belga de 27 de Agosto de 1848, los propietarios inferiores deben recibir las aguas naturales ó artificiales de que se sirve el propietario superior para la irrigación de sus propiedades, por medio de un acueducto construido sobre un predio vecino; y el mismo gravamen existe en cuanto á las aguas estancadas que sumergen un predio en todo ó en parte (arts. 2 y 3). Estas disposiciones están tomadas de las leyes francesas de 1845 y de 1847. Ellas hablan en contra de la opinión que estamos combatiendo, porque ha sido precisa una ley para sujetar al ribereño inferior á recibir el agua en los casos previstos, mediante indemnización. Fuera de la ley y de la convención, no hay servidumbre.

## II. Obligaciones del propietario inferior.

364. El art. 640 dice que el propietario inferior no puede elevar dique que impida el derrame del agua. Debe formularse el principio de una manera más general y decir que el propietario inferior no puede ejecutar ningún

1 Pardessus, t. 1º, p. 201, núm. 83; Daviel, t. 3º, núm. 903.

trabajo que haga refluir el agua á la heredad superior ó á los predios vecinos. Su predio se halla gravado con una servidumbre, y no puede descargarse de ella con perjuicio del predio dominante, ni de los demás predios, que según la situación de los lugares, no deben reportar tal gravamen. Se ha objetado el art. 647, que permite á todo propietario cercarse, y de aquí se ha concluido que ésta disposición deroga la del art. 640. La corte de casación ha fallado muy bien que las dos disposiciones deben conciliarse, sin que pueda pretenderse que una de ellas derogue la otra. Sin duda que el propietario inferior puede cercarse, pero no puede hacerlo con perjuicio de las servidumbres que gravan su predio. Así, pues, cuando una corriente de agua baja á su predio, puede en verdad cercar éste, pero dejando en la cerca una abertura suficiente para el paso libre del agua.

365. ¿El propietario inferior está obligado al desasolve del canal que sirve para el desague, ó el cauce que el agua misma se ha abierto? Conforme á los principios que rigen á las servidumbres, debe resolverse que el propietario inferior no está obligado á hacer, que únicamente debe tolerar que las aguas se derramen por su fundo. Por esto es que el art. 640 se limita á decir que dicho propietario no puede elevar dique que impida ese derrame. Pero también es de principio que aquel á quien se debe una servidumbre tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usarla y para conservarla. Infiérese de aquí que el propietario superior puede mandar limpiar el canal á sus expensas, lo que le da el derecho de penetrar á la heredad inferior. Déjase entender que si la limpia se hubiese hecho necesaria por culpa ó por actos del ribereño inferior, éste debería soportar los gastos. Hay, además, otra restricción á la regla que somete al propietario del fundo sirviente á tolerar

y á no hacer; si el agua que debe recibir, forma una agua corriente, y la autoridad administrativa ordena su limpia, él deberá contribuir á ésta en su calidad de ribereño (1).

366. Hay otro principio concerniente á las servidumbres, del cual puede prevalerse el propietario inferior. El art. 701 permite que se concilien los intereses opuestos del propietario cuyo predio debe la servidumbre y de aquél á quien se debe la servidumbre; el primero puede operar cambios en su predio, con tal que no perjudique al propietario dominante. Infiérese de esto que el propietario inferior puede ejecutar los trabajos que juzgue convenientes para impedir que las aguas dañen su fundo, con la condición de que tales trabajos no causen ningún perjuicio al propietario superior. ¿Qué debe decidirse si los trabajos defensivos tienen por objeto hacer refluir el agua al predio superior? Nosotros hemos examinado la cuestión en lo referente á los ríos (núm. 293). Los mismos principios se aplican por analogía á toda clase de aguas. Casi no puede tratarse más que de las aguas torrenciales, que no forman corrientes de agua regulares. La corte de Chambéry ha fallado que el propietario inferior podía defenderse contra la irrupción de aguas torrenciales que cada diez ó quince años caen á causa de borrascas espantosas que arrastran todo á su paso. Ciertamente que no se ha escrito el art. 640 por accidentes de fuerza mayor; el código supone aguas que tienen un curso regular. Si se trata de un torrente devastador, todos los propietarios tienen el derecho de repeler los ataques del enemigo.

### III. Obligaciones del propietario superior.

367. Según los términos del art. 640, el propietario superior no puede hacer nada que agrave la servidumbre

1 Proudhon, "Del dominio público," t. 4º, núms. 1327 y 1328. Duranton, t. 5º, p. 157, núm. 161. Demolombe, t. 11, p. 41, número 33. Aubry y Rau, t. 3º, p. 10 y notas 14-17

del predio inferior. Esto no es más que la aplicación de una regla general en materia de servidumbre. Según el art. 702, el propietario dominante no puede hacer en el predio que debe la servidumbre ni en el predio á quien se debe, cambio alguno que agrave la condición del primero. En las servidumbres que se han establecido por actos del hombre, es bastante fácil comprobar si hay un cambio, y si de él resulta una agravación de la carga para el predio sirviente; porque el título determina generalmente el modo de ejercer la servidumbre; y á falta de título, se recurre á la posesión, que nunca se remonta más allá de treinta años. ¿Pero cómo saber cuando se trata de una corriente de agua, cuál era el estado primitivo de las aguas? ¿cuál es la época á la que debe recurrirse? ¿acaso el diluvio? Se dice que el estado que siempre ha subsistido por espacio de más de treinta años debe considerarse como constitutivo de la situación natural de las aguas (1). Sin duda que el legislador habría podido y quizás debido resolverlo así, pero no lo ha hecho, y en el silencio de la ley, el intérprete no puede hacerlo; porque esto equivaldría á crear una verdadera presunción, y no hay presunción sin texto. Así, pues, la cuestión sigue siendo una cuestión de hecho, que el juez resolverá por medio de averiguaciones.

368. La ley prohíbe al propietario dominante que agrave la servidumbre; ¿cuándo había agravación? Todos admiten que el propietario superior no puede corromper el agua, y ya los jurisconsultos romanos lo resolvían así. Si la corrupción de las aguas puede causar un daño al propietario inferior, haciendo abstracción del uso que de ellas hiciere, la solución no es dudosa: esto no es más que la aplicación del principio que rige los hechos dañosos. Pero si las aguas únicamente estuvieren corrompidas en el sen-

1 Demolombe, t. 11, p. 45, núm. 35.

tido de que sean menos puras, y que, por consiguiente, el ribereño inferior no pueda emplearlas en los usos domésticos, no hay lugar á aplicar el art. 640; porque esta disposición es concerniente al derrame del agua y no al uso que de ella pueda hacer el ribereño inferior, ella no da derecho, sino que impone un gravamen. Así, pues, el ribereño inferior no puede quejarse de que la corrupción del agua no le permite emplearla. Antes que todo, hay que ver si él tiene derecho al agua; esta cuestión está resuelta, no por el art. 640, sino por el 641, si se trata de un manantial, y por el 644 si se trata de un río navegable. Si el ribereño inferior tiene un derecho en las aguas, es claro que el propietario superior no puede transmitirselas corrompidas (núms. 181 y 297), pero, si él no tiene ningún derecho, no puede quejarse sino cuando la corrupción del agua, por sí sola, le causa un perjuicio, dañando la salud de hombres y plantas.

369. La verdadera agravación prohibida por el art. 640 es la concerniente al derrame del agua; lo que acontece cuando el propietario superior da al agua un curso más rápido, y por consiguiente, dañoso á los predios superiores. ¿Debe inferirse de aquí que si en el fundo superior hay trabajos de arte destinados á garantir al predio inferior contra la invasión de las aguas pluviales, el propietario superior no puede destruirlos? Así se ha fallado en el caso en que tales trabajos existen desde más de treinta años (1), sin duda á causa de la presunción que acabamos de combatir (núm. 367). Si no hay presunción que determine el estado natural de los lugares, menos todavía puede admitirse una para los trabajos ejecutados por el propietario superior en su propio fundo. Estos trabajos no

1 Sentencia de Lyon, de 29 de Mayo de 1844 (Daloz, 1845, 2, 125). La decisión se funda en los hechos particulares de la causa; sería un error considerarla como una sentencia de doctrina.

confieren ningún derecho al propietario inferior, á menos que se hayan hecho en virtud de una convención que imponga esta obligación al propietario superior. En cuanto á la servidumbre natural establecida por el art. 640, ella obliga únicamente al propietario superior á no hacer nada que agrave el gravamen del propietario inferior.

370. ¿El propietario superior puede ejecutar trabajos de cultivo, si de ellos resulta una agravación de la servidumbre en perjuicio del predio inferior? Si nos atuviésemos al texto del art. 640, casi no podría proponerse la cuestión, porque dicho artículo prohíbe toda agravación de la servidumbre resultante de actos del propietario superior. Pero no puede separarse la ley de la tradición, con la que se relaciona. La servidumbre consagrada por el código civil viene del derecho romano, y ciertamente que el legislador francés no ha pretendido mostrarse más riguroso que los jurisconsultos romanos, que habitualmente dan tanto rigor á los principios. Pues bien, en la materia que nos ocupa, ellos consultan antes que todo la equidad, y en esto dan una vez más pruebas del exquisito criterio que los distingue. La naturaleza es la que impone el gravamen al propietario inferior, pero no echa en olvido al propietario superior; si se opone á que éste agrave, sin utilidad para sí mismo, la carga del propietario inferior, tampoco quiere que esté impedido de cultivar su fundo y de mejorar ese cultivo; ahora bien, á esto se vendría á parar si se aplicara literalmente la disposición que le prohíbe que haga nada que agrave la servidumbre del predio inferior. Los jurisconsultos romanos se han cuidado bien de semejantes aberraciones; permiten al propietario superior que trace surcos que, al procurar el derrame del agua, la viertan necesariamente con más rapidez al predio inferior; bien entendido que, si lo exige el interés del cultivo, porque deben conciliarse los intereses de ambos propietarios

y no sacrificar el uno al otro. El propietario superior puede, además, cambiar de cultivo, aunque esta modificación agrave la carga del propietario, con tal que lo haga para sacar más abundantes frutos de su finca. Sería igualmente absurdo tanto inmovilizar el cultivo de un predio hasta el fin de los siglos, como condenarlo á una eterna esterilidad (1).

Nosotros creemos con Demolombe que debe irse más lejos, y permitir al propietario que edifique, aunque por ello resultase una agravación de carga para el propietario inferior (2). Los fundos están destinados á edificarse tanto como á cultivarse; ¿se impedirá al propietario que pavimente su patio, sólo porque un patio pavimentado transmite más agua que otro que no lo está? En este punto la equidad debe también moderar el rigor del derecho. Si hay disputa entre los propietarios, el juez se inspirará en la equidad que dictó las decisiones de los jurisperitos romanos. Luego hay aquí lugar para una conciliación, como la materia de aguas corrientes, cuando los ribereños disfrutan acerca de su uso. El código no lo dice, pero la naturaleza de las cosas lo implica, y el ejemplo de los jurisperitos romanos lo autoriza; no porque el intérprete tenga en general la latitud que tenían los jurisperitos de Roma, pero cuando el código ha tomado un principio de las leyes romanas, natural es entenderlo y explicarlo conforme á la tradición.

#### IV. Modificaciones de la servidumbre.

371. ¿Puede modificarse la servidumbre establecida por

1 Ley 1, pfs. 3, 4, 5 y 7, D., *de aqua et aquae pluv. arcuad* (XXXIX, 3). Proudhon, "Del dominio público," t. 4º, núms. 1308 y 1309. Duranton, t. 5º, p. 160, núm. 165. Aubry y Rau, t. 3º, p. 11, notas 21-22. Sentencia de denegada apelación, de 31 de Mayo de 1848, y las observaciones del consejero Mesnard (Dalloz, 1848, 1, 154).

2 Demolombe, t. 11, p. 48, núm. 39. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, nota 21.

el art. 640? Es decir, ¿puede agravarse en provecho del propietario superior? y ¿puede restringirse y aun abolirse se por interés del propietario inferior, de manera que los exima en todo ó en parte de la carga que grava su fundo? Que la servidumbre pueda modificarse por convenios celebrados entre las partes interesadas, no da lugar á duda alguna. La servidumbre es de interés privado, y en consecuencia, nada impide que los propietarios la extiendan, la restrinjan ó la supriman; esto no es más que la aplicación del derecho común. Lo que puede hacerse por convenios puede también hacerse por destino del padre de familia, supuesto que éste hace veces de título. Por último, la prescripción reemplaza á la convención, ó supone la existencia de una convención, al menos tácita. Acerca de este último punto, hay alguna dificultad. Se pregunta cuáles son las condiciones que se requieren para que exista la prescripción.

372. Cuando la servidumbre se agrava en provecho del propietario superior, todos están de acuerdo. En este caso se trata de imponer una servidumbre al propietario inferior. Esto no tiene duda en la opinión de los que creen que el gravamen establecido por el art. 640 no es una servidumbre verdadera; es claro que ella se vuelve una servidumbre desde que se celebra un convenio que sujete el predio inferior al superior, porque con esto se halla restringida la libertad natural de los fundos, luego hay servidumbre. En la opinión contraria, la servidumbre natural establecida por el art. 640 se cambia en servidumbre convencional, cuando los convenios de los dos propietarios interesados agravan la carga que la situación de los lugares crea en provecho del propietario superior; una agravación de servidumbre es una nueva servidumbre. Ahora bien, las servidumbres pueden establecerse por la posesión de treinta años cuando son continuas y aparentes, art. 690.

Así, pues, si el propietario superior emprende obras, tales como un acueducto, para transmitir al predio inferior aguas de usos domésticos ó de fábrica; lo mismo si cambia, por medio de trabajos de arte, el curso natural del agua de manantial ó de lluvia, y si el propietario inferior tolera ese estado de cosas durante treinta años, habrá agravación de servidumbre, ó una nueva servidumbre adquirida por prescripción. Se supone naturalmente que la posesión trentenaria reúne las condiciones prescritas por la ley, art. 2229. Esto no es más que el derecho común (1).

373. Cuando se trata del propietario inferior, hay alguna dificultad. No hay acuerdo sobre la naturaleza del gravamen establecido por el art. 640; ¿es una servidumbre? ¿ó es el estado general, natural de las propiedades, tal como resulta de la situación de los lugares? Si es una servidumbre, y si el propietario inferior pretende que ha sido restringida ó suprimida en su provecho por la prescripción, hay que aplicar los principios que rigen la extensión de las servidumbres. Supuesto que la servidumbre es continua, es necesario, según los términos de los arts. 706 y 707, que se hayan emprendido trabajos que impidan el ejercicio de la servidumbre ó que la restrinjan, y precisa que tal estado de cosas haya subsistido durante treinta años. Poco importa, por lo demás, que los trabajos los haya emprendido el propietario inferior ó el propietario superior. Porque se trata de la extinción de una servidumbre; y todo lo que el art. 707 exige, es que se haya ejecutado un acto contrario á la servidumbre (2).

Si se admite que el gravamen que reportan los predios inferiores no es una verdadera servidumbre, entonces la prescripción que invoca el propietario inferior no puede ser más que una prescripción adquisitiva, en el sentido de

1 Duranton, t. 5º, p. 164, núm. 172.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 12 y nota 26.

que aquél se libra de la mencionada carga adquiriendo en el fundo superior una servidumbre contraria. En esta opinión, se necesitan también trabajos, pero se exige que sean obra del que quiere adquirir la servidumbre, es decir, del propietario inferior, porque lo que el propietario superior hace en su predio no puede dar derecho alguno al propietario inferior (1).

El texto del art. 640 decide la cuestión en favor de la opinión que nosotros hemos enseñado, supuesto que la ley califica expresamente este gravamen de *servidumbre*.

374. Hay, además, otra opinión que facilita singularmente la liberación del propietario inferior. Se pretende que desde el momento en que hay trabajos ejecutados á ciencia y paciencia del propietario superior, trabajos que tienen por objeto impedir el ejercicio de la servidumbre, el silencio del propietario implica la remisión de la servidumbre. Los que enseñan esta doctrina no están de acuerdo acerca de la aplicación que de ella se hace á nuestro caso (2). No entramos á la controversia, porque rechazamos el principio de donde ella procede. Resulta de los arts. 706 y 707 que el hecho solo de que se hayan construido obras contrarias á la servidumbre no es suficiente para extinguir una servidumbre, pues se necesita que esa contradicción haya durado treinta años. Luego la ley no admite la remisión tácita de la servidumbre á causa de un consentimiento que el propietario del predio dominante dé á las obras que impiden el ejercicio de su de-

1 Duranton, t. 5º, p. 165, núm. 173. Demolombe, t. 11, p. 58, números 48 y 49.

2 Favard, *Repertorio*, en la palabra *servidumbre*, sec. 1ª, pfo. 1 y sección 5ª. Toullier, t. 3º, núm. 500; Daviel, "De las corrientes de agua," t. 1º, núm. 369 y t. 2º, núm. 694 *bis*. En sentido contrario, Duranton, t. 5º, núms. 173 y 174; Duvervier sobre Toullier, t. 2º, p. 229, nota a, y p. 231, a.

recho. Volveremos en lo adelante á ocuparnos de este punto.

*Núm. 3. De las servidumbres relativas á la irrigación.*

*I. De la servidumbre de acueducto.*

*a) Principio.*

375. Según los términos de la ley belga de 27 de Abril de 1848 (1), art. 1º “todo propietario que quiera servirse, para la irrigación de sus propiedades, del agua natural ó artificial á la que tiene derecho de disponer, podrá obtener el paso del agua por las fincas intermedias, con cargo de una justa y previa indemnización.” Esta servidumbre de acueducto se ha establecido para favorecer la irrigación de los terrenos que no son ribereños. Es legal en el sentido de que la ley la crea, pero no existe de pleno derecho; el que quiere aprovechar el beneficio de la ley debe reclamar el paso, y en caso de contienda, el tribunal podrá no concederlo. Esto resulta del texto de la ley y del motivo por el cual se modificó la redacción primitiva. El art. I dice que todo propietario “podrá obtener” el paso; el proyecto de ley francés decía que aquél podría *reclamarlo*, lo que implica que el tribunal debía necesariamente concederlo. Se ha querido dejar al juez la facultad de apreciar si la servidumbre pedida era realmente útil ó necesaria para el interés de la agricultura. Esta es una restricción impuesta á la propiedad, y es de principio que la propiedad goza de un derecho absoluto que no puede modificarse sino por motivos de interés general. Sin duda que la irrigación es un motivo de interés público, pero si fuese pedida para un jardín de recreo ó para un prado de

1 La ley belga es la reproducción literal de la ley francesa de 29 de Abril de 1845. Así es que puede invocarse la doctrina y la jurisprudencia francesas para la interpretación de la ley de 1848.

poca extensión, cuando el acueducto debiera atravesar un gran número de predios intermedios, los inconvenientes serían superiores á las ventajas: los tribunales apreciarán. El autor de la enmienda ha supuesto, además, el siguiente caso, que citamos, porque da á conocer el espíritu de la ley. Se trata de una agua privada, de un manantial; por mucho tiempo el propietario del predio en donde el manantial brotó lo dejó correr hacia los predios inferiores, y los propietarios de éstos lo utilizaron para la irrigación de sus terronos. ¿Si el propietario del manantial lo vende á persona que no sea ribereña, puede ésta reclamar la servidumbre de acueducto á través de los predios intermedios? La agricultura nada ganaría en ello, contesta Pascualis, y no habría más que cambio de lugar y no extensión del beneficio de regadío. “El proyecto no viene á introducir la servidumbre forzada para favorecer semejante combinación” (1).

376. La ley dice que el propietario interesado podría obtener el *paso del agua* por los predios intermedios. Luego se trata del establecimiento de una servidumbre y no de una expropiación. Se lee en el informe rendido por Dalloz á la Cámara de diputados, que el respeto debido á la propiedad no ha permitido privar á los propietarios intermedios de una parte de sus predios por el interés privado del que quiere servirse de la agua para irrigar sus tierras. A decir verdad, la diferencia no consiste más que en las palabras. ¿Acaso la servidumbre no es un desmembramiento de la propiedad? Luego es una expropiación parcial. Que sea parcial ó total, la expropiación en el caso que nos ocupa, se justifica perfectamente. Verdad es que es un particular el que pide la servidumbre, pero la pide á nombre de un interés social (núm. 354), y desde el mo-

1 *Monitor* de 14 de Febrero de 1845 (Dalloz, “*Compilación periódica*,” 1845, 3, 120, nota 7, 1).