

sición con el texto de la ley. Por tales motivos, creemos que debe preferirse la interpretación restrictiva.

399. Se ha sostenido que las servidumbres de acueducto y de apoyo no podían concederse sino para irrigación de un predio, y no para regar un jardín, porque la ley supone la conducción del agua, lo que implica trabajos, un canal, un acueducto, y por consiguiente, la irrigación con gran caudal de agua. Tal sería efectivamente la aplicación más usual de la nueva ley. Pero nada tiene de restrictivo en lo concerniente á la naturaleza de las propiedades que deben regarse y á los modos de irrigación. Sólo que los tribunales no deben perder de vista que la ley establece la servidumbre por el interés del cultivo, de suerte que si se tratara de un jardín de recreo, no había lugar á establecer servidumbres en los predios vecinos. En el caso al debate, el agua servía, en parte al menos, para una cascada y para renovar el agua de las acequias da un castillo; y ciertamente que tal no es el objeto por el cual la ley ha permitido que se restrinja el derecho de propiedad; pero también había un interés de cultivo. Además, la servidumbre era convencional en su principio, lo que autorizaba al tribunal para admitir la más amplia interpretación, por que había podido mantener la barrera, aun haciendo abstracción de las leyes nuevas (1).

400. La servidumbre de ayoyo, lo mismo que la de acueducto, no puede obtenerse sino mediante justa y previa indemnización. Esta servidumbre exige, obras de arte, barreras que, elevando el nivel de las aguas, podían ocasionar inundaciones; hay, pues, un interés general, y en consecuencia, habíase debido, según los principios generales, exigir la intervención de la administración. El legislador

1 Sentencia de Dijon, de 19 de Marzo de 1851, confirmada por otra de denegada apelación, de 20 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854 1, 32).

belga se ha pronunciado por la competencia de la autoridad judicial. El art. 5 dice que las obras de arte necesarias para la toma de agua deberán construirse y conservarse en buen estado de modo que en nada dañen las heredades vecinas. Y según los términos del art. 7, las discusiones á que puedan dar lugar las obras de arte por establecer para la toma de agua, la conservación de estas obras, los cambios por operar en las obras ya establecidas, se llevan ante los tribunales. Convínose en la discusión, que no había autorización administrativa, ni averiguación "de commodo et incommodo," sino que el propietario sería responsable del daño que causase, y que las cuestiones de daños y perjuicios las resolvería el juez (1).

401. La ley da al propietario sobre cuyo predio se estableció la servidumbre de apoyo el derecho de pedir el uso común de la barrera, contribuyendo por mitad á los gastos de establecimiento y de conservación (art. 6). Antes hemos dicho que el que obtiene la servidumbre de acueducto no puede pedir la co-propiedad de un acueducto ya establecido, y que los propietarios de los predios atravesados no tienen el derecho de servirse del agua (números 387 y 390). En el caso de que se trata, el ribereño gravado con la servidumbre de apoyo tiene el derecho de servirse del agua en su calidad de ribereño; luego podría pedir la servidumbre de apoyo en la opuesta orilla; lo que requeriría dos barreras. El legislador ha imaginado que debía aplicarse á la barrera el principio de la pared medianera, lo que evita gastos inútiles. Según los términos del art. 6, este derecho pertenece *siempre* al ribereño que quiere servirse de la barrera; luego no está obligado á pedirla dentro de un cierto plazo. Esta es una cuestión de

1 Sesión de 22 de Marzo de 1848 (observaciones de Theux).

interés, y el que ninguno tiene para pedir la medianera de la barrera el día de hoy, puede tenerlo mañana.

Si el ribereño pide la medianería de la barrera, no puede ya reclamar indemnización por el establecimiento de la servidumbre: Como la indemnización es previa, generalmente ya la habrá percibido cuando pida el goce de la barrera: en este caso, dice la ley, devolverá la indemnización que se le haya pagado. El art. 6 agrega: "cuando el uso común no sea reclamado sino después del comienzo ó de la terminación de los trabajos, el que la pida deberá soportar él solo el excedente de los gastos que originen los cambios que tengan que hacerse á la barrera para adaptarla al uso de su predio." El ribereño que reclama la co-propiedad de la barrera soporta, en principio, la mitad de los gastos; y no se tiene en cuenta el volumen de agua de que se sirve, así como en el caso de la pared medianera, los gastos se reparten, sea cual fuere el valor de las dos cosas. Como el volumen de agua que un ribereño necesita puede variar de un día para otro, difícil habría sido tomarlo como base de la indemnización; esto habría originado discusiones interminables que el legislador ha querido prevenir. Pero si la medianería no se pide sino varios años después de la construcción de la barrera, cuando ésta se halla degradada por el uso y por el tiempo, los tribunales tendrán en cuenta el valor que tenga la barrera en aquel momento (1).

402. La barrera puede aprovechar á los demás ribereños que tendrían mayor facilidad para servirse del agua. ¿Deberán, por esta ventaja, contribuir á los gastos de establecimiento y de conservación? La negativa es clara, porque ellos nada piden y ningún derecho adquieren, supuesto que el propietario de la barrera puede suprimirla

1 Véase, acerca de todos estos puntos el informe de Dalloz, 3, 124, notas 8-10.

cuando guste. Solamente cuando los ribereños reclamen la co-propiedad de la barrera, ó el derecho de utilizarla á título de servidumbre, será cuando estén obligados á pagar una indemnización. Y esto sería así un respeto al propietario sobre cuyo predio se apoya la barrera. Si él no pide la medianería de la barrera, no debe contribuir á los gastos. Esto no tiene duda (1).

IV. Disposiciones generales.

403. La ley admite excepciones á los gravámenes que pesan sobre la propiedad por interés de la irrigación. Existe una excepción que es común á las tres servidumbres que acabamos de enumerar. Los edificios así como los patios y jardines contiguos á las habitaciones están exentos de las servidumbres de acueducto, de derrame y de apoyo. En este caso hay un derecho superior á todo interés. Nuestras costumbres decían: "El hombre miserable es un rey en su casa." La inviolabilidad del domicilio es una garantía constitucional; no debe ser que por un interés de irrigación se pueda penetrar á la habitación de los ciudadanos.

La misma excepción está establecida para los parques y valladeros contiguos á las habitaciones, cuando se trata de la servidumbre de acueducto ó de derrame; pero esta excepción no se reproduce para la servidumbre de apoyo, arts. 4 y 6 de la ley de 1848. La razón de esta diferencia ha sido explicada por el dictaminador de la ley francesa de 1847. Por una parte, la servidumbre de apoyo es menos onerosa, porque no penetra al interior de las fincas habitadas; el domicilio es, pues, respetado. Por otra parte, como los parques y vallados son con frecuencia de grande extensión, el uso del agua vendría á ser imposible,

1 Ahbry y Rau, t. 3º, p. 21, nota 26, y las autoridades que citan.

si no se permitiera apoyar en ellos una barrera. Por otra parte, los tribunales podrán, en virtud de su poder discrecional, prescribir los trabajos que juzguen necesarios para conciliar los derechos de propiedad con el interés de la agricultura (1).

404. Se pregunta si la excepción establecida en favor de los jardines contiguos á las casas puede oponerse al que reclama la medianería de una barrera ya construida y que se apoya en la orilla opuesta á la que en que se halla el jardín. La misma cuestión se presenta para los patios y edificios. Ha sido resuelta negativamente por la corte de casación. En efecto, el texto supone que se trata de una barrera por establecer, y para cuya construcción se necesita penetrar á lugares reservados á habitación. Cuando la barrera se halla establecida, el propietario del jardín, del patio ó del edificio no puede ya quejarse, puesto que él mismo fué el que construyó la barrera en un predio habitado. Ya deja de haber inconvenientes si no es para las reparaciones. Los tribunales podrán prescribir medidas que conciliarán los intereses de las partes implicadas en el asunto.

Núm. 4. Servidumbre de derrame en caso de inundación y de drenaje.

I. Inundación.

405. La ley de 1848, que establece la servidumbre de acueducto por interés de la irrigación, crea una servidumbre análoga, con el fin de procurar un derrame á las aguas dañosas; según el art. 3, "la misma facultad de paso por los predios intermedios podrá considerarse, y con las mismas condiciones, al propietario de un pantano ó de un terreno sumergido en todo ó en parte, á efecto de procurar á las aguas dañosas un derramamiento." La expresión de

1 Informe de Dalloz, 3, 124, nota 7.

predios intermedios no es muy exacta; aquí no se trata de conducir las aguas tomadas de un río hacia las fincas en donde se les utilizará, sino de derramarlas haciéndolas pasar, por medio de acequias ú otras obras, á través de las propiedades que separan el predio sumergido de una corriente de agua ó de otra vía cualquiera de desagüe: tales son los términos de la ley francesa de 10 de Junio de 1864 sobre el drenaje, la cual establece una servidumbre de la misma naturaleza. Por más que aquí no se trate de irrigación, siempre hay un interés agrícola, supuesto que se devuelven al cultivo terrenos sumergidos. Hay, además, un interés de salubridad, porque las aguas estancadas engendran necesariamente enfermedades mortales (1).

406. La única condición que la ley requiere, es que haya un pantano ó un terreno sumergido en todo ó en parte, es decir, una cuestión de hecho. Pero la aplicación de la ley suscita una grandísima dificultad de derecho. El desagüe tiene por objeto desecar un pantano ó terreno sumergido; ahora bien, hay una ley especial que rige la desecación de los pantanos, y es la ley de 3 de Septiembre de 1807. Esta ley prescribe la intervención de la autoridad administrativa llamada á aprobar los planos, y si el gobierno interviene, es porque hay que amparar intereses generales, y antes que todo la salubridad pública. Mientras que según la ley de 1818, es suficiente pedir á los tribunales el derrame de las aguas, mediante ciertos trabajos de los que los magistrados serán los únicos jueces. De aquí la cuestión de saber si la ley nueva deroga la de 1807. Es claro que la intención del legislador francés, cuyas disposiciones reproduce la ley belga, no ha sido la de abrogar la ley sobre desecación de pantanos; luego las dos le-

1 Demolombe, t. 11, p. 259, núm. 221. Aubry y Rau, t. 3º, p. 22, nota 2.

yes coexisten. Pero como una y otra son relativas á la desecación de pantanos, la dificultad subsiste: ¿cuándo había lugar á recurrir á los tribunales en virtud de la ley de 1848, y cuándo había que dirigirse á la administración en virtud de la ley de 1807? Se previó la cuestión cuando se discutió la ley francesa. El dictaminador señaló el inconveniente que había en derogar la ley sobre desecación en una ley sobre irrigación. Hé aquí lo que contestaron los autores de la enmienda. La ley de 1807, dijo uno de ellos, seguirá siendo aplicable á las grandes desecaciones por interés público, y la nueva ley se aplicará á las parciales, accidentales, requeridas por las infiltraciones que ocasionan las fábricas ó los manantiales que carecen de salida. Otro declaró que la ley se limitaba á la desecación puramente local de infiltraciones accidentales. Esto es muy vago, y ni siquiera está en armonía con el texto de la ley, porque en él se habla de *pantano*, y el pantano no es cosa accidental.

La cuestión se ha presentado en un caso en que los tribunales se han declarado incompetentes, y la corte de casación ha mantenido su decisión (1). El propietario había presentado, primero y antes de la publicación de la ley de 1847, un proyecto de desecación, y después invocó el beneficio de la ley nueva. Esto equivalía á pedir á los tribunales lo que el gobierno no había concedido, ó como lo dijo la corte de casación, era un medio desviado de operar la desecación. La sentencia insiste en las circunstancias de la causa: la propiedad del actor no era un terreno sumergido, sino un vasto estanque atravesado por el río Sonime; la desecación interesaba aguas que eran útiles á varias fábricas. Por todos estos títulos el propietario quedaba den-

1 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 129). Se encuentra por vía de nota la discusión que originó la cuestión en la cámara de diputados).

tro de la ley de 1807. De todos modos la dificultad subsiste y manifiesta el riesgo que hay en derogar accidentalmente todo un sistema de legislación.

407. La servidumbre de desagüe implica que el propietario del predio sumergido no puede derramar el agua si no es vertiéndola sobre los predios inferiores. Si, mediante algunas obras de arte, él puede remediar el mal de que se queja, es claro que no tiene el derecho de imponer á los demás propietarios un gravamen que no tiene razón de ser, ni por un interés agrícola, ni por un interés de salubridad. Hay una sentencia en este sentido (1). Se ha fallado, además, que la servidumbre de desagüe por causa de inundación no puede reclamarse, cuando la sumersión de una heredad es el resultado de un hecho puramente voluntario por parte del dueño del predio sumergido (2). En el caso al debate, el propietario que pedía un paso para las aguas las había elevado él mismo á su hereedad para irrigarla, pero no lograba devolverlas á su curso natural, ni por su terreno, ni por los contiguos. La corte de Metz resolvió que no había lugar á las servidumbres creadas por la ley de 1845. En efecto, la servidumbre del art. 3 nada tiene de común con la irrigación. Es una servidumbre de desecación; luego no puede reclamarse para aguas de irrigación; á las necesidades de irrigación proveen los arts. 1 y 2. Fuera de estas disposiciones, no es permitido á los tribunales que crien una nueva servidumbre de desagüe.

408. La servidumbre de desagüe está sometida á las mismas condiciones, dice el art. 3 de la ley de 1848. Al discutirse la ley en la cámara de representantes se preguntó cuáles eran estas condiciones. El dictaminador contestó que las del art. 1, es decir, las de la servidumbre de acue-

1 Colmar, 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1855, 2, 227).

2 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Enero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 211).

ducto. Otro miembro, Theux, dijo que el art. 3 se refería á la vez al art. 1 y al art. 2 (1). Nosotros creemos que debe uno atenerse á la declaración del dictaminador. Los términos del art. 3 reproducen los del art. 1^o; lo que la ley crea es una servidumbre de *paso*; siendo idéntica la servidumbre, los principios deben ser también los mismos. Aca aquí el interés de la cuestión. La servidumbre de acueducto existe en virtud de la ley, pero no de pleno derecho, mientras que la servidumbre del art. 2 existe de pleno derecho. ¿Acaso la servidumbre del art. 3 es facultativa? La afirmativa es clara, supuesto que la ley dice: "La misma facultad de paso *podrá concederse*." En el caso del artículo I, la indemnización es previa, y no lo es en el caso del art. 2. ¿Es ó nó previa en el caso del art. 3? Hay que resolver que sí es previa, porque la servidumbre establecida por esta disposición es una servidumbre de paso por los fundos intermedios, lo mismo que la servidumbre del art. 1^o. El legislador ha supuesto que no se trataba de un gravamen simple de desagüe impuesto á los predios inferiores, como en el art. 2, sino que eran menester algunos trabajos de arte, es decir, un acueducto, y por lo tanto, que habría un perjuicio patente; por esto la obligación de una indemnización previa

II. Servidumbre de paso para el drenaje.

409. La ley belga de 10 de Junio de 1851 establece esta servidumbre en los términos siguientes: "La facultad de paso mencionada en el art. 3 de la ley de 27 de 1848 podrá concederse, con las condiciones previstas en el artículo 1^o, al propietario de un terreno húmedo que deba secarse por medio de canalizas subterráneas ó á cielo abierto. Los arts. 4 y 7 de la ley de 27 de Abril de 1848 son

1 Sesión de 22 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, p. 253, nota 3).

aplicables á la servidumbre de que se trata en la presente ley" (1).

Se lee en una *Instrucción sobre el drenaje*. "La palabra inglesa *drainage* corresponde exactamente á la francesa *desección* (*desséchement*), y la palabra *drain* significa foso de escurrimiento ó sangradura. Estos dos términos *drainage* y *drain*, al pasar á la lengua francesa, no han conservado su primitiva significación. Nosotros las empleamos para designar un método particular de desecación del suelo" (2). La exposición de motivos de la ley francesa explica de la manera siguiente en qué consiste esta desecación: "Se practican dos clases de conductos subterráneos que, en el lenguaje técnico se llaman *drains*, en cuyo fondo se colocan materiales de diversa naturaleza (piedra, guijarro, madera y aun tejas, que en nuestros días se reemplazan comunmente por tubos de barro cocido, de forma cilíndrica). Uno de estos reciben el escurrimiento del suelo, y son los *drains de secamiento*; los otros reciben el agua que de aquéllos proviene, y estos son los *drains colectores*. Cuando la región está privada de corrientes de agua y presenta una superficie llana en extensión tan grande que la prolongación del canal colector hasta una vía cualquiera de desagüe acarrease gastos fuera de toda proporción con el valor total del terreno desecado, se establecen canales de descargo ó evacuadores generales, á los cuales el colector trae el agua que en él vierten los tubos de desecación. Tal es la operación del drenaje."

El drenaje debe favorecer, por interés de la agricultura, tanto como la irrigación. "Si es conveniente, dice el dictaminador de la ley francesa, facilitar la circulación de las aguas destinadas al regadío, no es de mediano inte-

1 En Francia, la servidumbre de drenaje fué establecida por la ley de 10 de Junio de 1854 (Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97).

2 Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97.

rés dar un derrame á las aguas que impregnan la tierra de un exceso de humedad; tanto como en el primer caso son un elemento de fertilización, tanto así pueden ser, en el segundo caso, una causa de empobrecimiento, sea que se estacionen en la superficie del suelo, en estado de estancación, sea que la impermeabilidad de las capas inferiores las retengan en el seno del suelo" (1).

Las leyes promulgadas en Francia y en Bélgica en 1845, en 1847 y en 1848, tenían por objeto favorecer la irrigación. ¿Cómo es que éstas mismas leyes no se han ocupado del drenaje? La exposición de motivos de la ley francesa de 1845 hace á este respecto una confesión que casi es humillante para la nación tanto como para su gobierno: "la ley de 1845 consagra un artículo á la desecación de las tierras, el cual se aplica solamente á las tierras sumergidas, porque, en esa época, ni el gobierno ni nadie pensaba en un método para secar que, no obstante, en Inglaterra llegaba á un alto grado de perfección." Hasta 1854 apercibiéronse de que si el agua en conveniente cantidad es uno de los elementos más activos de la vegetación, en cambio su exceso vuelve improductivo el terreno que la recibe con demasiada abundancia ó en el cual se estaciona por mucho tiempo. Por lo menos hasta entonces fué cuando se pensó en extender por la Francia un sistema de desecación que ya los romanos habían practicado. Se necesitaba una ley nueva. El código civil establece, en verdad, una servidumbre de derrame, pero este gravamen sólo se refiere al agua que baja naturalmente de los predios más elevados á los inferiores. En cuanto á las leyes nuevas dadas en Francia y en Bélgica, prevenen el caso de desecación, pero sólo cuando las tierras están sumergidas. ¿Se podían extender estas disposiciones á terrenos más ó me-

1 Exposición de motivos de la ley francesa de 1854 (Daloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97, núm. 2).

nos húmedos? La negativa casi no era dudosa, supuesto que las servidumbres legales son de estricta interpretación. Para colmar ese vacío, en Bélgica se dió la ley de 1851, y en Francia la de 1854.

410. Según la ley belga, la servidumbre de drenaje es facultativa, *podrá concederse*, dice la ley. Esta, por otra parte, remite, en cuanto á las condiciones, á la servidumbre de acueducto establecida por el art. 1º de la ley de 1848; ahora bien, esta servidumbre no existe sino cuando se ha constituido, sea por acuerdo de las partes interesadas, sea en caso de contienda, y por los tribunales, y éstos pueden rehusar que se establezca cuando los inconvenientes que resultan de la servidumbre superan á las ventajas que pueden esperarse de la operación. Según la ley francesa, la servidumbre de drenaje existe de pleno derecho, en el sentido de que los jueces deben establecerla en el momento en que el propietario la pide. Esto es poco lógico, como ya lo hemos hecho observar, porque los mismos motivos que indujeron al legislador á hacer facultativa la servidumbre de acueducto, existen, en efecto, para la servidumbre de drenaje (1).

411. La servidumbre de acueducto no puede establecerse sino para la irrigación, es decir por interés de la agricultura; el texto es formal, y los trabajos preparatorios ninguna duda dejan acerca de la intención del legislador. ¿Sucede lo mismo con la servidumbre de drenaje? El texto de la ley de 1851 no es restrictivo; dice que la servidumbre puede ser concedida al propietario de un "terreno húmedo que debe desecarse" por medio de canalizas subterráneas ó á cielo abierto. Desde el momento en que el terreno está húmedo, debe ser secado, importando poco que se haga por un interés agrícola, industrial ó doméstico. Lo que resuelve toda duda, es que la ley de 1851 de-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 23 y nota 5.