

## CAPITULO II.

### DE LAS SERVIDUMBRES DERIVADAS DE LA SITUACION DE LOS LUGARES.

#### *SECCION I.—De las corrientes de agua.*

##### *§ I.—PROPIEDAD DE LAS CORRIENTES DE AGUA.*

###### *Núm. 1. De los manantiales.*

###### *I. Propiedad de los manantiales.*

178. El art. 641 dice que el que tiene en su predio un manantial puede usarlo á su antojo. Hé aquí una disposición que ciertamente no consagra servidumbre; es una consecuencia del derecho de propiedad, el cual abarca la propiedad de lo que está encima como de lo que está debajo del suelo (art 552). En este sentido las leyes romanas dicen que la fuente es una parte del campo (1). ¿Pero cuál es el verdadero propietario del manantial? En esto estriba la dificultad. La fuente brota en un predio. Ordinariamente los veneros se hallarán en este predio, y entonces no hay duda, supuesto que no hay ningún conflicto de derechos. Pero si, á causa de trabajos ejecutados en un predio superior, la fuente viniese á brotar allí, pertenecería al

1 L. 2, D., *quod vi aut clam* (XLIII, 24).

propietario de este predio, porque en él están los veneros que constituyen el manantial; poco importa que haya surgido en otro predio, no por eso es menos cierto que antes de surgir, tenía su curso subterráneo por otra parte; ahora bien, los hechos son los que deciden la cuestión de propiedad (1). Luego si los dos terrenos fuesen expropiados por causa de utilidad pública, la indemnización adjudicada por el manantial se debería al propietario en cuyo predio la fuente tenía su curso subterráneo antes de brotar (2).

179. La propiedad de un manantial es una propiedad absoluta, como en general lo es toda propiedad. No pasa lo mismo con las aguas corrientes. Estas están sujetas al poder reglamentario de la administración, como más adelante lo diremos, y el código concede también á los tribunales el derecho de arreglar su uso cuando surgen disputas entre los propietarios ribereños (art. 645). En Francia, la administración, invasora de suyo, ha pretendido que las leyes atribuyéndole, en términos generales, el derecho de reglamentar las corrientes de agua, ella podía en interés de los propietarios inferiores, fijar las tomas de agua que pueda hacer el propietario de la fuente, á fin de garantir las fábricas que quedan inferiormente contra una transmisión de las aguas que les fuese perjudicial. Pero el consejo de Estado ha reprimido estas empresas, anulando las resoluciones de los prefectos y de los ministros que las aprobaban. Las leyes invocadas por la administración son concernientes á las corrientes de agua, ó como dice el código civil (art. 644), las aguas corrientes. Ahora bien, los manantiales están regidos por principios enteramente diferentes.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 33, notas 2 y 3. Dueaurroy, Bonnier y Roustaing, t. 2º, p. 77, núm. 63.

2 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 150).

El código Napoleón da al propietario del manantial le derecho de usarlo *á su voluntad*, lo que implica un derecho absoluto de propiedad, mientras que el art. 644 concede únicamente á los ribereños el derecho de servirse del manantial á su paso para regadio de sus propiedades. Cuando se trata de ríos, hay diversos derechos en conflicto; se concibe, pues, que los tribunales y la administración intervengan para reglamentar el uso; mientras que nada hay que reglamentar en donde existe una propiedad absoluta. En vano la administración objeta que los manantiales dan nacimiento á los ríos, y que teniendo ella poder en los ríos, tiene por esto poder en los manantiales. El legislador había podido admitir este sistema, pero el código no lo ha aceptado, supuesto que distingue entre el manantial y el agua corriente. Esto decide la cuestión en favor del propietario del manantial (1).

180. Los tribunales han querido á veces extender á los manantiales el poder reglamentario con que los enviste el art. 644 en materia de aguas corrientes. Basta leer los textos del código para convencerse de que el juez no tiene ninguna acción sobre los manantiales. El art. 641 dice que el dueño del predio puede usar á voluntad de la fuente que en éste tiene origen. El art. 644 dice que los ribereños de las corrientes de agua pueden servirse de las aguas para la irrigación de sus propiedades; en donde hay varias personas con un derecho, los conflictos y las disputas son inevitables; he aquí por qué el código da á los tribunales la misión de conciliar los intereses opuestos. Cuando se trata de las aguas de un manantial nada se tiene que conciliar, supuesto que sólo el propietario del predio puede servirse

1 Decretos de 13 de Diciembre de 1858, de 14 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1860, 3, 24, y 1861, 3, 28), y de 24 de Junio de 1868 (Dalloz, 1869, 3, 88). Compárese: Daviel, "Tratado de las corrientes de agua," t. 3º, núm. 794; Aubry y Rau, t. 3º, p. 36 y nota 10. En sentido contrario, Pardessus, t. 1º, núms. 93, 94 y 98.

de aquél. Los propietarios inferiores pueden, en verdad, adquirir un derecho en el manantial, pero para esto se necesita que tengan un título ó la prescripción que supone un título, como más adelante lo diremos. La excepción confirma la regla. Desde el momento en que los ribereños inferiores no pueden invocar ni título ni prescripción, no tienen ningún derecho; y por lo tanto no se tienen que conciliar derechos que no existen. La jurisprudencia es de este sentir (1), así como la doctrina (2).

181. ¿Cuál es la extensión de los derechos del propietario de la fuente? El art. 641 contesta que puede usarla á voluntad. Esto equivale á decir que él ejerce el derecho de propiedad tal como lo define el código civil: dispone y disfruta de la manera más absoluta. Y hasta tiene el derecho de abusar, en el sentido de que podría cegar la fuente si lo permitiese la naturaleza de las cosas. Más adelante diremos cuáles son las restricciones que recibe el poder absoluto de aquél á quien pertenece el manantial. Fuera de estas excepciones, el propietario del manantial hace de él lo que quiere; puede absorberlo en usos agrícolas ó industriales (3) puede también dejarle la corriente que le da la naturaleza, dejando correr las aguas al predio inferior: esta es una de las servidumbres que, según la terminología legal, se derivan de la situación de los lugares. Déjase entender que si el propietario del manantial quiere aprovechar este gravamen que la naturaleza y la ley impone á los predios inferiores, no puede hacerlo sino dentro de los límites prescritos por la ley; más adelante expondremos estas condiciones.

1 Sentencia de casación, de 29 de Enero de 1840 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 114). Pau, 2 de Mayo de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 139).

2 Demolombe, t. 11, p. 111, núm. 87. Aubry y Rau, t. 3º, p. 40 y nota 24, p. 36 y nota 11.

3 Aubry y Rau, t. 3º, p. 34 y nota 5. Demolombe, t. 11, p. 77, número 64, y Rouen, 4 de Mayo de 1840 (Dalloz, *Servidumbre*, número 113).

¿El propietario del manantial tiene un poder absoluto sobre las aguas, aun en el sentido en que pueda alterarlas? Se le reconoce este derecho cuando absorbe completamente las aguas, mientras que se le rehusa cuando transmite las aguas á los propietarios inferiores. En apariencia, nadie tiene el derecho de quejarse, si el dueño del predio en donde nace el manantial emplea las aguas en un uso que las corrompe, siendo así que sólo á él le sirven. Esto es cierto en general, pero si la alteración de las aguas se volviese una causa de insalubridad, es evidente que las autoridades locales tendrían el derecho de intervenir; porque el propietario, por absoluto que sea su derecho, no puede hacer de él un uso que comprometa la salud pública. Así, también, los vecinos tendrían derecho á quejarse si el propietario del manantial reuniese de tal manera las aguas que amenazaran con inundación á los predios que se hallan en las cercanías; la autoridad local tiene también á su cargo la seguridad pública, y los propietarios no pueden usar de su derecho de modo que lastimen los derechos de tercero. Esto es de derecho común, (1) y sin duda que recibe su aplicación á los manantiales.

Si el propietario del manantial transmite las aguas á los propietarios inferiores, no puede transmitirlas alteradas y corrompidas, porque esto sería agravar la servidumbre del predio inferior, lo que prohíbe el art. 640. Esta es una servidumbre natural, lo que implica que las aguas conserven la pureza que la naturaleza les da. El principio es incontestable, pero la aplicación suscita una dificultad que interesa en gran medida á los propietarios de los manantiales. Ellos tienen el derecho de emplear las aguas en usos industriales, ¿y cómo emplearlas en una fábrica sin alterarlas más ó menos? La alteración puede llegar hasta

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núm. 136. Compáresé, Daviel, "De las corrientes de agua," t. 3º, núm. 794.

la corrupción. Ciertamente que el derecho de propiedad no permite eso, pero entonces ¿el uso industrial del manantial no se hará imposible tan á menudo como la alteración de las aguas puede ser perjudicial á los propietarios inferiores? Hay aquí dos derechos en presencia; el uno no debe absorber al otro ni anularlo, pero uno modifica al otro; de suerte que en caso de contienda, el juez debe decidir que el propietario del manantial podrá servirse de las aguas para su fábrica, pero que no podrá transmitir á los ribereños inferiores aguas corrompidas. Unos peritos consultados por la corte de Rouen propusieron que se dividieran las aguas en el sentido de que el propietario del manantial pudiera á voluntad emplear las que le fueran necesarias para el movimiento de su fábrica, y que la otra parte se transmitiese no alterada á los propietarios inferiores. La corte sancionó este prudente temperamento (1). Si todas las aguas fueren necesarias al propietario del manantial, el juez ciertamente que no podría impedirle que las use; pero debería prescribirle que dispusiese su fábrica de modo que las aguas alteradas y corrompidas no sean transmitidas al propietario inferior (2).

182. Lo que acabamos de decir supone que la corriente natural de las aguas las transmite á los propietarios inferiores; éstos están, en este caso, obligados á recibirlas por una servidumbre que depende de los lugares, y en cambio, tienen el derecho de servirse de ellas. ¿Qué es lo que se debe resolver si las aguas no les llegan naturalmente, si emprenden trabajos para derivar su curso? ¿Pueden entonces quejarse de que las aguas están alteradas, y pedir daños y perjuicios? La corte de casación falló la cuestión negativamente, y con razón. En el caso en

1 Rouen, 18 de Marzo de 1839 (Dalloz, 1845, 2, 169).

2 Rouen, 8 de Junio de 1841 (Dalloz, 1845, 2, 168).

cuestión, el propietario del manantial se servía de las aguas para enriar el cáñamo; al salir del predio en donde tenían su origen, las aguas iban á refluir y perderse en el canal de escape de un molino que pertenecía al mismo propietario; así es que las aguas, aunque alteradas, á nadie causaban daño. Los propietarios inferiores, queriendo aprovechar las aguas para alimentar unos pantanos de sanguijuelas, establecieron, autorizados por la administración, un acueducto que atravesaba el camino separativo de las dos fincas y desviaba las aguas de su curso natural para llevarlas á los mencionados pantanos. Se quejaron de que las aguas les llegaban alteradas y daban la muerte á las sanguijuelas. De aquí una acción de daños y perjuicios. La corte de Burdeos la rechazó, confirmando el fallo de primera instancia muy bien motivado, y la corte de casación mantuvo la decisión. El propietario del manantial no había hecho más que usar de su derecho, y el que usa de su derecho jamás puede estar obligado á daños y perjuicios; ni siquiera podía decirse que el daño sufrido por el actor provenía de actos del propietario, porque él no había transmitido las aguas á las charcas de sanguijuelas, sino el mismo demandado. ¡Este reclamaba, pues, daños y perjuicios por un hecho de que él era autor! (1).

183. ¿El propietario del manantial conserva su derecho absoluto de propiedad en las aguas cuando forman el afluente de un río? En una sentencia de la corte de casación se lee que el derecho de disposición absoluto de las aguas recibe excepción “en el caso en que las aguas han sido voluntariamente abandonadas á la *comunidad irrigativa*,” (es decir, á los propietarios inferiores que se sirven de ellas para la irrigación de sus predios); “que entonces toman el carácter de aguas públicas y corrientes, y que la ley crea,

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Abril de 1857 (*Daloz*, 1857, 1, 173).

en tal caso, derechos que modifican los del propietario primordial" (1). La misma excepción se ha admitido como un principio por la corte de Rouen (2). Creemos que la jurisprudencia confunde dos ideas enteramente diferentes. El código distingue el manancial y las aguas corrientes; da al propietario del manancial el derecho absoluto de disponer de él, y no admite más que dos excepciones á tal poder, los derechos adquiridos por los ribereños inferiores por título ó por prescripción y los derechos de una comunidad de habitantes. Los arts. 641-643 deciden, pues, implícitamente nuestra cuestión; en efecto, ellos suponen que el manancial se ha convertido en agua corriente; ¿y limitan el derecho de propiedad del dueño del manancial por el hecho solo de volverse éste agua corriente? Nós, precisamente es que los ribereños hayan adquirido un derecho á las aguas por título ó por prescripción, ó que una comunidad de habitantes las hayan necesitado para su consumo. La corte de casación agrega una tercera excepción, lo que equivale á decir que hace la ley en vez de interpretarla, y hace una nueva ley que deroga el código civil. En vano dice ella que el propietario abandona voluntariamente las aguas á la comunidad irrigativa; nosotros contestamos que el propietario, al dejar correr las aguas á los predios inferiores usa de un derecho, lejos de abandonar alguno. Esto es elemental, como más adelante lo dirémos; y sigue siendo verdad, aun cuando las aguas del manancial se convirtiesen en un riachuelo, ó se confundiesen en él. El art 644, que crea lo que la corte llama una *comunidad irrigativa*, nada tiene de común con los artículos que preceden y que son concernientes á los manantiales; él reglamenta los derechos de los ribereños de las co-

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 301).

2 Rouen, 16 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 2, 181).

rrientes de agua no navegables; lo que supone que hay un río y que nadie tiene derecho á las aguas que forman el río, salvo los ribereños. Si hay un propietario superior, dueño del manantial, éste tiene una propiedad absoluta de la que hace lo que quiere, dice la ley; esta propiedad absoluta no puede estar modificada por la propiedad limitada de los ribereños inferiores; esto sería dar á éstos en las aguas del predio un derecho que la ley no les reconoce (1).

184. ¿El propietario del manantial conserva su derecho de disposición fuera del predio en que éste nació? Si los dos predios no forman más que una sola y misma propiedad, no hay duda alguna, el propietario puede disponer de las aguas en toda la extensión de su dominio; pero desde el momento en que salen de aquel dominio, cesa su derecho absoluto de disposición. En efecto, el manantial no le pertenece sino como accesorio del suelo; luego fuera del predio en donde brota, ya no puede ser objeto de una propiedad absoluta, porque ya no es un accesorio del suelo; las aguas, en este caso, se vuelven aguas corrientes, sobre las cuales los ribereños ya no tienen derecho absoluto. Si el propietario del manantial se halla también entre aquellos ribereños, es decir, si posee un predio ribereño, distinto y separado por heredades intermedias con aquélla en que la fuente brota, él no tiene ya más derecho que los demás ribereños; porque esa agua corriente no es ya un accesorio de su predio, como lo es el manantial. La corte de casación así lo ha fallado en el siguiente caso (2). El ribereño de una agua corriente adquiere la propiedad de una vid en donde aquella agua tomaba origen. Los dos predios estaban separados por un camino en donde las aguas formaban un lavadero comunal. ¿Tenía aquél el de-

1 Daucaurroy, Bonnier y Roustaing, t. 2º, p. 177, núm. 267.

2 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Marzo de 1849 (Dáiloz, 1849, t. 1, 120). Demolombe, t. 11, p. 78, núm. 64.

recho de disponer de las aguas en su primer predio? Nô, dice la corte, porque en este predio era ribereño de una corriente de agua no navegable, y en consecuencia, no podía ejercer más que los derechos que el art. 644 concede á todos los ribereños; estos derechos no se han modificado por la nueva adquisición que él ha hecho; él, en verdad, se había vuelto propietario del manantial, y podía disponer de él, pero únicamente en el predio en donde brotaba, y á título de accesorio. Luego tenía dos calidades muy distintas; como propietario del manantial, podía disponer de éste, en el predio en donde brotaba: como ribereño, él tenía los derechos que tienen todos los ribereños de los ríos no navegables. Si el propietario del manantial poseyese un predio ribereño de la agua corriente que de aquél deriva, á gran distancia de donde nace, y separado por numerosas heredades, en verdad que no se diría que él conserva el derecho de disponer de las aguas allí en donde es simple ribereño. Ahora bien, la distancia á que se encuentran los dos predios en nada cambia los principios. Desde el momento en que las dos heredades constituyen propiedades distintas, están sometidas á principios diferentes: una está regida por el art. 641 y otra por el 644.

185. La cuestión que acabamos de examinar divide á los autores y á la jurisprudencia. Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación, la cual parece que abandona su primera doctrina. La dificultad está en saber si las aguas del manantial toman el carácter de agua corriente desde el momento en que salen del predio en donde nacen, y si, por consiguiente, los ribereños adquieren en ellas un derecho, en virtud del art. 644, ó si las aguas del manantial siguen siendo aguas de particular, que el propietario del predio puede ceder á un propietario inferior cualquiera y de las que, en consecuencia, puede él mismo usar si tiene otro predio en las cercanías.

Más adelante insistiremos acerca de la cesión que el propietario del manantial puede hacer de su derecho; para saber lo que puede ceder, hay que ver antes que todo qué derecho tiene, porque es claro que no puede ceder un derecho que no tiene él mismo. La corte de casación ha fallado que el propietario de un manantial tiene el derecho, por medio de un acueducto establecido á la salida de su predio, de hacer servir todas las aguas para la irrigación de otra heredad, separada de la primera por un camino vecinal. Antes de emplearse en la irrigación de esta heredad, las aguas corrían por una zanja que las llevaba á diversas praderas que regaban. ¿Formaban ellas una agua corriente que los ribereños tenían derecho á usar? La corte de casación rechazó las reclamaciones de los ribereños, aplicándoles el art. 641, es decir, resolviendo que ellos no habían adquirido ningún derecho en las aguas, ni por título ni por prescripción (1). No estaba en esto la cuestión, á nuestro juicio. Tratábase de saber si el propietario del manantial puede ejercer el derecho absoluto que el código le reconocía, fuera del predio en donde la fuente brota; y se trataba de saber si, una vez salidas del predio en donde nacen, las aguas se vuelven propiedad de los ribereños por cuyas heredades pasan. La primera cuestión se decide por el art. 641, que da, en verdad, al propietario del manantial un derecho absoluto de disposición, pero únicamente como accesorio del predio; la segunda cuestión está resuelta por el art. 644, que reconoce á los ribereños de una agua corriente una especie de derecho de propiedad sobre el uso de las aguas. Luégo desde el momento en que el manantial se vuelve agua corriente, cae bajo la aplicación del art. 644.

Se dirá que esto se halla en contradicción con lo que

(1) Sentencia de denegada apelación, de 9 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, I, 127). Compárese, Aubry y Eau, t. 3<sup>a</sup>, p. 35 y nota 7.

acabamos de enseñar. Nosotros hemos rechazado la doctrina de una comunidad irrigativa, fundada en el art. 644, comunidad que vendría á restringir los derechos del propietario del manantial, núm. 183, y ahora admitimos que salida á penas del predio en donde brota, el agua del manantial se vuelve propiedad de los ribereños. Si ellos son propietarios de las aguas y si el dueño del manantial no puede disponer de él, ¿esto no prueba que el art. 344 limita al 641, contrariamente á lo que hemos dicho? Nó; no hay contradicción en rechazar la comunidad irrigativa admitida por la corte de casación, á la vez que se mantienen los derechos que el art. 644 da á los ribereños. Es, por el contrario, en la jurisprudencia de la corte de casación en donde hay confusión y contradicción. El art. 641 da al propietario el derecho ilimitado de disponer de las aguas del manantial en el predio en donde nace. ¿Este poder absoluto está restringido por el derecho de los ribereños del manantial, que se ha vuelto agua corriente? Nosotros decimos que nó; en este sentido el art. 344 no deroga el 641. Distinta es la cuestión de saber si el propietario del manantial puede todavía disponer de él fuera de su predio, con perjuicio de los ribereños que invocan no el art. 641, sino el 644. Decimos que nó; el propietario fuera de su dominio ya no es propietario, ya no es más que un ribereño, y no puede ejercitar más que los derechos que el art. 644 concede á todo ribereño. No hay contradicción en distinguir los derechos que el propietario del manantial tiene en su predio y los que puede tener fuera de éste, si es ribereño; no hay contradicción en decir que los ribereños de una agua corriente no pueden impedir al propietario del manantial que disponga de éste á voluntad, á menos que tengan un título por el cual el propietario del manantial ha renunciado á su derecho absoluto, ó que hayan prescrito contra él, porque la prescripción

ción equivale á título. El derecho que los ribereños tienen en virtud del art. 641 es muy diferente del que les concede el 644; como simples ribereños, no tienen más que el derecho de usar de las aguas que el propietario de la fuente se sirve dejar correr á los predios inferiores: éste es el caso previsto por el art. 644. Por el contrario, si tienen ellos título ó prescripción, pueden impedir al propietario del manantial que absorba las aguas; éste está obligado á dejarlas correr por interés de aquellos á quienes él ha concedido un derecho en las aguas ó que han prescrito contra él.

Hemos dicho que la doctrina de la corte de casación es confusa é inconsecuente. Admite, desde luego, una tercera excepción al derecho del propietario del manantial, en provecho de la comunidad irrigativa que ella basa en el art. 644. Pero ¿cuándo existe esa comunidad? ¿cuándo el manantial se vuelve comunidad? ¿hasta dónde sigue siendo agua privada, á disposición del propietario del predio? No se sabe. En segundo lugar, la corte confunde los derechos establecidos por el art. 644 con los derechos que los ribereños pueden adquirir por título ó por prescripción, en virtud del art. 641. El art. 644 no limita los derechos que el propietario del manantial ejerce en el predio en donde aquél se origina; mientras que el título y la prescripción de que habla el art. 641 tienen precisamente por objeto y por efecto restringir el derecho absoluto de propiedad que el dueño del predio tiene en el manantial que en éste brota. Por último, la corte, después de haber admitido que los ribereños tienen en virtud del art. 644, un derecho que limita la propiedad del dueño del manantial, aun en su predio, da al propietario del manantial, aún fuera de sus predios, el derecho absoluto de disponer de las aguas, y esto con perjuicio de los demás ribereños, y á pesar de la

pretendida comunidad irrigativa de éstos, y en todo caso, en oposición con el texto y el espíritu del art. 641.

## *II. Derechos de los propietarios inferiores.*

186. Nosotros hemos dicho que el manantial pertenece á aquél en cuyo predio corre subterráneamente aun cuando hubiese brotado en otro predio. Síguese de aquí, que si el propietario de un predio, al hacer en él excavaciones corta las venas que llevaban el agua á un predio inferior, no está obligado á daños y perjuicios; poco importa que él haya emprendido los trabajos con la mente de descubrir las aguas subterráneas, ó que los haya emprendido para abrir los cimientos de un edificio; en todo caso, él ha usado de su derecho, y no ha violado el derecho del propietario inferior, supuesto que éste no tiene ningún derecho en las aguas que nacen en su predio, cuando las venas alimenticias se encuentran en un predio superior. Estos principios eran ya aceptados en derecho romano, y no dan lugar á duda alguna (1). La jurisprudencia los ha consagrado en un caso que podía parecer dudoso. Un concesionario de trabajos públicos, al abrir una zanja, intercepta el derrame de las aguas de un manantial, y priva con ésto al predio inferior del uso de las aguas; ¿está obligado á indemnizar al propietario del daño que le causa? El consejo de Estado ha juzgado que no debía ninguna indemnización. En efecto, el concesionario se vuelve por la expropiación, propietario del terreno en el cual practica la zanja, luego tiene derecho á las aguas subterráneas que en el terreno se encuentran, mientras que el propietario inferior, en el caso de que se trata, no alegaba que tuviese derecho á las aguas del manantial, si no que únicamente se quejaba del daño que experimenta-

1 L. 24, pfo. 12, D., *de damno infecto* (XXXIX, 2). Demolombe, t. 11, p. 79, núm. 65. Aubry y Rau, t. 3º, p. 34 y nota 4.

ba. Este era el caso de aplicar el principio de que el que, al usar de su derecho, causa un daño, no está obligado á repararlo (1).

187. El propietario de un manantial lo deja correr á los predios inferiores, y con ello se vuelve agua corriente; ¿los propietarios inferiores pueden acaso, después de que han recibido las aguas, invocar contra el propietario del manantial el art. 644, que les permite servirse del agua corriente? Claro es que el propietario del manantial que deja correr el agua á los predios inferiores usa de un derecho, y que los propietarios inferiores, al recibir el agua soportan una carga; la ley da á ésta el nombre de servidumbre derivada de la situación de los lugares (art. 640). El que se halla gravado con una servidumbre no puede prevalecerse de ésta para adquirir un derecho, y el que usa de un derecho inherente á su propiedad no puede perder ésta. Es verdad que el propietario del manantial no ha retido las aguas, no las ha utilizado, como era su derecho, pues el propietario no pierde su propiedad por el hecho aislado del no uso; éste es para él un derecho para no usar de su derecho, y en estas condiciones no es concebible la prescripción. Aun cuando el propietario inferior, dice Dumoulin, hubiese recibido las aguas desde tiempo inmemorial, el hecho solo de recibirlas no arrebataría al propietario del manantial su derecho de propiedad (2).

Nosotros hemos dicho que la jurisprudencia admite una excepción á este principio en el caso en que el propietario abandona las aguas á la comunidad irrigativa que resulta del art. 644. Esto es confundir dos derechos esencialmen-

1 Decreto de 16 de Agosto de 1860 (Daloz, 1861, 3, 17). Compárese, sentencia de Bruselas, de 6 de Abril de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 314).

2 Dumoulin, "Notas sobre los consejos de Alejandro" (consil 69). Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1369. Demolombe, t. 14, página 87, núm. 73.

te distintos. Sin duda que los ribereños tienen derecho á servirse de las aguas corrientes que limitan ó que atraviesan sus heredades. Pero para esto se necesita que haya una agua corriente. Ahora bien, depende del propietario del manantial el retener las aguas, y aun absorberlas. Puede no ejercer su derecho; las aguas del manantial aprovecharán entonces á los propietarios inferiores, por todo el tiempo que el propietario del manantial las deje correr por sus predios. Pero él puede á toda hora usar de su derecho de propiedad, sin que los propietarios inferiores tengan el derecho de oponerle el no-uso de su derecho, por prolongado que sea. Ahora bien, desde el momento en que el propietario del manantial retiene las aguas, deja de haber aguas corrientes, y por lo tanto, ya no hay lugar á invocar el art. 644. El art. 641 nos dice cómo el propietario puede perder su derecho de propiedad, que es por título ó por prescripción; el art. 643 establece una segunda derogación de su derecho en favor de los habitantes de una comuna á los que es necesario el manantial. No hay otra excepción. Crear una tercera con el nombre de *comunidad irrigativa*, es confundir, como acabamos de decirlo, el derecho que el artículo 644 concede á los ribereños de una agua corriente, con las restricciones que puede recibir el derecho del propietario del manantial (número 185) (1).

188. ¿No debe hacerse una excepción de estos principios en el caso en que las aguas son inútiles al propietario del manantial, mientras que aprovechan á los ribereños inferiores? Planteamos la cuestión porque se agita seriamente, pero es una cuestión de legislación más bien que de interpretación. El texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna. En efecto, el manantial es una propiedad, en

1 Compárest, Aubry y Rau, t. 3º, p. 5, nota 9, y las autoridades que ellos citan.

el sentido de que el propietario del predio en que aquél nace lo usa á voluntad ó no lo usa; puede servirse de él por simple gusto, pero si no le conviene tener un manantial en su predio, puede cegarlo, sin que los propietarios inferiores tengan derecho á querellarse. ¿Qué derecho invocarían? ¿Un derecho al manantial? No lo tienen, supuesto que no nace en su predio, y se está suponiendo que no tienen título ni prescripción. ¿Un derecho en el agua corriente? Deja de haber agua corriente desde el momento en que el propietario del manantial retiene las aguas y él tiene á toda hora el derecho de retenerlas, en tanto que no haya enagenado su derecho por título ó por prescripción. Queda la equidad, que ciertamente está á favor de los propietarios inferiores, pero la equidad no puede despojar de su derecho á un propietario; y la pretensión de los propietarios inferiores vendría á parar en expropiar al propietario de manantial, á nombre de la equidad, sin ninguna indemnización y por un interés individual: tantas herejías jurídicas como palabras.

Sin embargo ¡cosa notable! Las leyes romanas no permitían al propietario del manantial que lo retuviese si no tenía ninguna utilidad ó agrado; él, entonces, no podía tener más motivo que el de causar daño á sus vecinos, y tal motivo no lo acepta Ulpiano (1). He aquí, pues, que los jurisconsultos romanos restringen los derechos del propietario, ellos que tanto respeto profesan á la propiedad. Esto se explica por el carácter del derecho romano, que era un derecho consuetudinario que iba desarrollándose por medio de la ciencia, de suerte que los jurisconsultos contribuian á la formación del derecho; eran, en cierto modo, legisladores; luego ellos sí podían, á nombre de la

1 L. 1º, pfo. 12, D., *de aqua* (XXXIX; 3). "Si non animo vicius nocendi sed sum agrum meliorem faciendi id fecit."

equidad, restringir el derecho del propietario. Lo mismo sucedía en nuestra antigua jurisprudencia. Bretonnier reproduce textualmente las expresiones de Ulpiano; reconoce al propietario del manantial el derecho de disponer de él, pero agrega: "Con tal que lo haga por su utilidad y no con el designio único de hacer un daño á su vecino" (1). Había algunas sentencias en este sentido (2).

En el consejo de Estado, Maleville recordó las sentencias que habían restringido el derecho absoluto del propietario del manantial por interés de los ribereños inferiores. El creía que el art. 645 reproducía la doctrina consagrada por la antigua jurisprudencia. Esto era confundir, como lo hacía la corte de casación, los principios que rigen las aguas corrientes con los principios que rigen los manantiales. El art. 645 es una continuación del artículo 644, y supone una disputa entre los ribereños de una agua corriente, en la cual ninguno de ellos tiene una propiedad absoluta; mientras que en el caso que estamos tratando, el debate existe entre los propietarios inferiores y el propietario del manantial que tiene derecho absoluto para disponer de éste. Pero si, en derecho, Maleville se engañaba, ¿no tenía razón en legislación? Nosotros así lo creemos. La propiedad de las aguas, decía él, es de una naturaleza particular. Sin duda que aquél en cuyo predio brota el agua tiene derecho á servirse de ella, aun cuando durante mil años hubiese corrido por los predios del vecino, á menos que éste se la haya apropiado por un título ó por la prescripción. Pero una vez satisfechas las necesidades de ese primer propietario, la equidad, el interés público y el destino del agua no permiten que los predios inferiores estén arbitrariamente privados de ella; la Pro-

1 Bretonnier sobre Henrys (*Compilación de sentencias*, libro 4º, número 89).

2 Sentencia del parlamento de Aix, citada por Bonifacio, t. 4º, página 331.

videncia ha creado para todos este elemento necesario á todos. Uno de los mejores cerebros del consejo de Estado, Tronchet, se impresionó con la exactitud de estas consideraciones; á la vez que manteniendo en principio el derecho del propietario, admitía que éste podía tener razones de equidad superior que obligasen á apartarse de la regla general. Tronchet creía, como Maleville, que el artículo 645 daba la mayor latitud á este respecto (1). Se engañaba. El legislador solo habría podido consagrar esta excepción al derecho absoluto de propiedad que el dueño del predio tiene en el manantial que en éste nace. No lo ha hecho, luego el derecho del propietario del manantial no sufre más restricciones que las que los arts. 641-643 le imponen.

Tal es también la opinión generalmente adoptada. Hay algunas disidencias (2). Se invoca la discusión del consejo de Estado que acabamos de analizar. Anticipadamente hemos contestado á esta argumentación, probando que Maleville y Tronchet habían interpretado mal el art. 645, y una interpretación á fé que no puede tener fuerza de ley. La corte de Limoges había fallado en el sentido de la discusión del consejo de Estado, aplicando á las fuentes el principio que el art. 655 establece para las aguas corrientes; la sentencia fué casada (3), y á decir verdad, la cuestión no es dudosa.

189. Según los términos del art. 641, el propietario del manantial puede usarlo á voluntad, "salvo el derecho que el propietario del predio inferior pudiera haber adquirido por *título* ó por *prescripción*." A esto hay que agregar el *destino del padre de familia*. Hay, además, otra restric-

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 6 (Loire, t. 4º, p. 165).

2 Demolombe, t. 11, p. 81, núm. 66, Dalloz, *Servidumbre*, núm. 114.

3 Sentencia de casación, de 27 de Enero de 1840 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 114).

ción establecida por el art. 643, por interés de los habitantes de una comuna á los cuales es necesaria el agua del manantial. Vamos á examinar las diversas modificaciones que la ley y la doctrina traen al derecho del propietario del manantial.

a) *El título.*

190. El título es generalmente una convención celebrada entre el propietario del manantial y el ribereño inferior que quiere aprovechar las aguas. Lo que se hace por contrato puede hacerse también por testamento. Vamos á suponer el caso más frecuente: ¿cuál es el objeto de los contratos que se celebran entre el propietario del predio en donde nace el manantial y el ribereño inferior? La cuestión es difícil y dudosa; vamos á exponer los principios que la doctrina y la jurisprudencia admiten, y al mismo tiempo haremos nuestras reservas.

La convención tiene por objeto derogar un derecho absoluto que tiene el propietario del manantial de usar á voluntad del agua; esto es lo que dice el texto del artículo 641, indicando una excepción á la palabra *salvo*. Esta excepción tiene al mismo tiempo por objeto dar un derecho al propietario inferior; esto es lo que también dice el art. 641: "Salvo el *derecho* que el propietario del predio inferior pudiera haber adquirido por *título*." ¿En qué consiste este derecho? El deroga un derecho absoluto del propietario. Este puede retener las aguas, puede absorberlas, puede también dejarlas correr, lo que será una servidumbre para los ribereños inferiores. La derogación que la convención hace de estos derechos invierte la posición de las partes; el derecho absoluto del propietario del manantial está restringido, luego nace de la convención una servidumbre á cargo de su predio, y por consiguiente un derecho para el predio inferior que se convierte en predio

dominante Así, pues, en dos palabras, el título crea una servidumbre. ¿Cuál es la extensión de esta servidumbre? Esto depende de las estipulaciones de las partes contrayentes. Las dificultades que pueden surgir son cuestión de interpretación de las escrituras: cuestión de hecho más bien que de derecho (1). El título puede también dar margen a cuestiones de derecho —Hay una entre ellas que no es dudosa. Hemos dicho que el propietario puede hacer en su predio las excavaciones que quiera, sin estar obligado a reparar el daño que de ello resulte al vecino, cuando corta las venas que alimentaban un manantial. Las convenciones pueden modificar este poder absoluto (2). Se ha fallado que si una transacción dice que una de las partes no atentará jamás al derecho que a la otra se le reconoce en una porción del agua, esto implica que el primero ya no puede usar de su derecho absoluto de propiedad, intercettando las aguas corrientes que se hayan en su predio (3).

191. ¿El propietario del manantial puede céder las aguas a un propietario inferior? Se ha fallado que él puede disponer de las aguas del manantial en provecho exclusivo de un propietario inferior, importando poco que éste sea su vecino mediato ó inmediato; bien entendido que si el cesionario no es contiguo al terreno en donde nace el manantial, las aguas no pueden pasar por el terreno intermedio sino con el consentimiento del propietario, es decir, mediante el establecimiento de una servidumbre de acueducto. La corte de casación funda esta doctrina en el texto del art. 641, que otorga al propietario del predio

1 Véanse, sentencias de Caen, de 5 de Diciembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 139), y de 18 de Julio de 1822 (Dalloz, en la palabra *propiedad*, núm. 167, 2º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1835 (Dalloz, en la palabra *prescripción*, núm. 157).

3 Sentencias de denegada apelación, de 19 de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *propiedad*, núm. 68), y de 20 de Junio de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 137).

en donde nace el manantial la propiedad de las aguas, y por consiguiente, el derecho de disfrutar y disponer de ellas de la manera más absoluta. Ahora bien, uno de los derechos más esenciales, la propiedad, es el de enagenar; luego el propietario del manantial debe tener el derecho de transmitir las aguas á los terceros, en todo ó en parte (1).

Si se admite que el propietario del manantial puede usar de las aguas fuera de su predio, debe admitirse también que él puede ceder su derecho á un tercero. Nosotros hemos enseñado que el propietario del predio en donde nace el manantial tiene el derecho de abusar de él dentro de los límites de su predio, pero que tal derecho se detiene en ese límite, porque más allá se encuentra con un derecho igual al suyo, el de los ribereños del agua corriente formada por el manantial (núm. 182). Si nuestro principio es exacto, la consecuencia es incontestable: el propietario sin duda que puede ceder su derecho, pero no puede cederlo sino tal como él mismo lo posee; no pueden cederse á otros derechos que uno mismo no posee. Luego necesitamos insistir de nuevo en el principio, en su aplicación al derecho de enagenación.

El texto del art. 641 no dice lo que se le hace decir; no dice que el propietario del manantial tiene el derecho absoluto de propiedad en las aguas, sino únicamente que puede *usarlas* á voluntad; la palabra *usar* quiere decir gozar, emplear, y es la expresión de que se sirve el código para calificar el derecho que otorga á los ribereños en las aguas que atraviesan por sus heredades, art. 644. Unicamente hay esta diferencia, que en el art. 641 la ley agrega, que el dueño del predio puede usar del manantial á voluntad; hé aquí por qué hemos admitido, con la doctrina

1 Sentencia de denegada apelación, de 22 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, I, 301), y sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, I, 345).

y la jurisprudencia, que tiene la propiedad absoluta. ¿Pero de qué cosa es él propietario? El puede usar á voluntad, responde el art. 641, del manantial que está en su predio; así, pues, tiene la propiedad de un *manantial*, y tiene un derecho absoluto de usar las aguas de un *manantial*. Ahora bien, las aguas no llevan el nombre de un manantial y no forman un manantial sino en el predio en donde brotan. Desde el momento en que las aguas han dejado el predio, no se dice que el propietario del predio por donde corren tiene un manantial en su predio; legalmente esto es verdad, porque el propietario del predio que toca inmediatamente á aquél en que el manantial nace ya no tiene en las aguas el dominio pleno que el artículo 641 da al dueño del predio superior, ya no tiene un manantial en su predio, sino una agua corriente de la que puede usar, en verdad, dentro de los límites trazados por el art. 644.

Así es que el art. 641 no da al dueño del predio la disposición absoluta de las aguas formadas por el manantial, sino que únicamente le da el derecho de usar á voluntad del manantial, lo que implica que su derecho absoluto no puede ejercerse sino en el predio en donde el agua toma origen. Fuera de este predio ya no hay manantial, luego ya no puede ser motivo cuestionable el derecho de disponer del manantial. El legislador considera las aguas como un dominio común á todos aquellos á quienes la naturaleza otorga ese beneficio, pero ella no les da á todos derechos iguales. El dueño del predio en donde el agua brota puede usarla á voluntad, porque el código ha querido respetar su derecho de propietario; desde el momento en que el agua sale de su predio, el manantial se vuelve agua corriente, y los derechos de los ribereños son menores. Aquél cuya heredad atraviesan las aguas puede usarlas, pero ya no puede absorberlas, sino que debe devolver-

las, á la salida de su predio, á su curso ordinario. En cuanto á aquél cuya heredad está únicamente cercada por el agua, la ley dice que puede servirse de ella al pasar para la irrigación de sus propiedades (art. 644). Así es que la misma ley reglamenta los derechos de todos aquellos que son ribereños del agua, quiere que todos la aprovechen, pero en una medida diferente; esto no es, pues, más que un derecho de *uso* más ó menos extenso que la ley les otorga, pero no les da y ni podía darles el derecho de disponer de aquélla, puesto que ella misma dispone.

192. La corte de casación, después de haber reconocido al propietario del manantial el derecho de disponer de él en provecho de los ribereños inferiores, agrega una restricción. "Estas reglas, dice la corte, tienen una excepción en el caso en que las aguas han sido voluntariamente abandonadas á la *comunidad irrigativa*; entonces toman el carácter de aguas públicas y corrientes, y la ley crea, en este caso, en favor de los ribereños, derechos que modifican los del propietario primordial." Lo mismo pasa, continúa la sentencia, cuando, por el resultado de la convención ó de la prescripción, los propietarios inferiores se han apropiado sobre las aguas un goce privativo al cual ya no se puede atentar. ¿Qué cosa es esta *comunidad irrigativa*? No puede ser más que el derecho que el art. 644 reconoce á todos los ribereños de una agua corriente de servirse de ella para la irrigación de sus propiedades. El término no es legal y está mal escogido, porque los ribereños no forman una comunidad, cada uno de ellos tiene un derecho individual que debe á la ley y del que usa en exclusivo provecho. ¿Cuándo nace el derecho de los ribereños, es decir, cuándo pueden oponer su derecho al del propietario del manantial? La corte de casación contesta que para esto se necesita un *abandono voluntario* del propietario del manantial á esa *comunidad irrigativa*. Aquí la corte se pone

fuerá de la ley; el código no dice una palabra del *abandono voluntario* que el propietario del manantial hace de su derecho. ¿Cuándo existe este *abandono voluntario*? ¿Basta que las aguas hayan dejado el predio para que pertenezcan á la comunidad de los ribereños? Si esto no basta ¿qué más se necesita para que el abandono voluntario transforme al manantial en aguas públicas? La sentencia de la corte de casación guarda silencio en esta cuestión capital. Hay otra sentencia subsecuente, que mantiene la doctrina consagrada por la primera, con una explicación nueva. Vamos á interrogarla (1).

A apelación de un fallo dado en materia de posesión, el tribunado de Clamecy había fallado, conforme á nuestra opinión, que si por los términos del art. 641, el que tiene una fuente en su predio puede usarla á voluntad y aun de modo que absorba todo su producto, este derecho no existe sino dentro de los límites del predio en donde se ha originado el manantial; que saliendo de estos límites, el derecho cesa para hacer lugar al que nace, en provecho de los ribereños del art. 644. El tribunal opone á la doctrina de la corte de casación el texto del código civil. Hay dos derechos, en presencia: el derecho del propietario del manantial es absoluto dentro de los límites del predio en donde aquél nace; fuera de estos límites ya no existe: nace entonces un nuevo derecho, el de los ribereños del agua corriente, derecho cuyo ejercicio norma el art. 644. Este fallo fué casado en el caso de que se trata, el propietario del manantial había dejado correr las aguas á un camino público, y de allí se habían derramado al predio de un propietario que las había utilizado en la irrigación de su propiedad. Después el propietario del manantial había cedido las aguas á otros ribereños. La corte de casación re-

<sup>1</sup> Sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 345).

solvio que, comprobados de esta manera los hechos, no acarreaban más que un “estado de cosas momentáneo,” el cual no había podido hacer perder al propietario del manantial la propiedad de sus aguas, y el derecho de disponer de ellas á voluntad. La cámara civil no habla de comunidad irrigativa, pero el decisionista ha tenido cuidado de marcar que la decisión explica ó modifica la sentencia de 1854. No basta que las aguas del manantial se derramen á un fundo inferior para que haya abandono á la comunidad irrigativa; en tanto que tal *estado de cosas no es más que momentáneo*, el propietario de la fuente conserva su derecho de disposición? ¿Qué más se necesita para que haya *abandono voluntario de comunidad irrigativa*? La sentencia de 1855 no lo dice como tampoco la de 1854.

En definitiva, ni sabemos cuando hay abandono á la comunidad irrigativa; no sabemos cuando el manantial se vuelve agua corriente y pública, cuyo uso pertenece á los ribereños. Esta vaguedad y esta obscuridad son inevitables, porque la jurisprudencia se ha puesto fuera de la ley. Nosotros hemos dicho cuál es el sentido del art. 641, que da un derecho absoluto al propietario del manantial dentro de los límites del predio en que aquél nace; fuera de esos límites, ya no hay manantial, luego el dueño del predio en donde aquél nace ya no tiene ningún derecho, y por lo tanto ninguno puede ceder. El art. 644 es igualmente claro. Habla de las aguas corrientes y permite á los ribereños que se sirvan de ellas. ¿Qué es una agua corriente? Toda agua viva es corriente, supuesto que tal es la ley de la naturaleza. En tanto que ella corre por el predio en donde ha brotado, el dueño del predio es el único que tiene derecho para usarla á su voluntad. Desde el momento en que el agua deja el predio, cesa ser un manantial, propiedad privada y absoluta, para volverse una agua co-

rriente en el sentido del art. 644, propiedad limitada de la que todos los ribereños están llamados á disfrutar.

193. ¿Qué relación hay entre los arts. 641 y 644? En otros términos, ¿el derecho de los ribereños del agua corriente restringe el derecho del propietario del manantial? La corte de casación, en su sentencia de 1854, pone el "abandono voluntario á la comunidad irrigativa" en la misma línea que el *título* y la *prescripción* que según los términos del art. 641, limitan los derechos del propietario del manantial. Aquí hay confusión y error, á nuestro juicio. Ya lo hemos dicho (núm. 187): la ley no admite más que dos excepciones al derecho absoluto que tiene el propietario del manantial de usarlo á voluntad, el título ó la prescripción y la utilidad pública (art. 641 y 643). No incumbe á los tribunales crear una tercera excepción, con el nombre de "abandono á la comunidad irrigativa." Esta pretendida excepción reposa en un falsa interpretación del art. 644. Desde luego es enteramente arbitraria, en el sentido de que exige una condición para que las aguas de un manantial se vuelvan corrientes, condición que la ley ignora, condición que la jurisprudencia no define y que es imposible definir, porque se halla en oposición con las leyes de la naturaleza; el agua no se vuelve corriente en virtud del pretendido *abandono* que de ella se hace á la *comunidad irrigativa*, sino que es agua corriente por la naturaleza de las cosas. En segundo lugar, la excepción consagrada por la corte de casación interpreta falsamente el art. 644. No es exacto decir que los derechos de los ribereños sobre el agua corriente restrinjan el derecho del propietario del manantial, con el mismo título que la convención, la prescripción ó la utilidad pública. En estos últimos casos, el propietario del manantial ya no puede usarlo á voluntad; está gravado con una servidumbre que impide que él se sirva de unas aguas en perjuicio del pre-

dio dominante; mientras que el derecho que el art. 644 concede á los ribereños jamás restringe por si solo el derecho que tiene el propietario del predio; y aunque los ribereños se hubiesen servido de las aguas durante mil años, el derecho del propietario del manantial subsistiría en toda su extensión. Esto es elemental. ¿Cómo es, pues, que la corte de casación ha podido engañarse? Porque ella ha admitido en provecho del dueño del manantial el derecho de ceder el uso de las aguas fuera de su predio; ahora bien, este derecho es incompatible con el que tienen los ribereños según el art. 644; porque al ceder su derecho á uno de los propietarios inferiores, el dueño del manantial impide á los otros que usen el agua corriente. Para conciliar las dos disposiciones, interpretándolas como lo hace la corte de casación, era necesario imaginar un *abandono* que el propietario del manantial hace de su derecho en provecho de los ribereños inferiores y permitirle que cediese su derecho por todo el tiempo que no hubiese hecho el abandono voluntario.

Todo esto es imaginario. Los ribereños de una corriente de agua no necesitan que el propietario del manantial les haga el abandono de sus derechos para usar el agua; deben su derecho á la ley, y no puede arrebatarles por la cesión que el dueño del manantial hiciere á uno de ellos. Cediendo el derecho al uso de las aguas, al salir éstas de su predio, el propietario cede lo que no le pertenece, cede el uso de una agua corriente que la ley atribuye á los ribereños. Desde el momento en que el agua sale del predio en donde tiene su fuente, se vuelve del dominio de todos los ribereños con título igual, y no corresponde al propietario del manantial atribuir un derecho exclusivo á uno de ellos con perjuicio de los demás. En cambio, el derecho de los ribereños del agua corriente no atenta de ningún modo al derecho que el propietario tiene dentro

de los límites de su predio, de usar á voluntad del agua del manantial. El puede ejercitar ese derecho por todo el tiempo que no lo abdice por un título ó por una prescripción que equivalga á título.

Tal es la condición natural de los arts. 641 y 644. Nosotros no negamos el derecho absoluto del propietario del manantial, que está escrito en la ley pero que no ejerce sino dentro de los límites de su predio. El no puede cederlo, porque el derecho cedido por él se ejercería fuera de su predio, luego cedería un derecho que él no tiene; él tiene un derecho en el manantial, y cedería un derecho sobre una agua que ya no es un manantial, sobre una agua corriente cuya propiedad ó uso, con poco importa, pertenece en título igual á todos los ribereños.

El propietario del manantial no puede ceder derechos que pertenecen á terceros; no puede crear una propiedad exclusiva de las aguas en provecho de un solo ribereño, cuando la ley ha establecido una propiedad limitada en provecho de todos. Esta propiedad limitada se ejerce desde el momento en que hay una agua corriente, es decir, desde el momento en que sale del predio en donde nace y en donde es objeto de una propiedad exclusiva. No hay que distinguir si el propietario del manantial ha hecho ó no el abandono voluntario de sus derechos á una pretendida comunidad irrigativa: la ley ignora esta distinción y no corresponde al intérprete crearla. Nosotros agregamos que ni motivo había para crearla. El agua, como el aire, es un elemento de vida; la Providencia la ha destinado para todos, y el legislador debe respetar las miras de la naturaleza. Puede reprocharse á los autores del código civil que no hayan otorgado derechos demasiado extensos á aquél que tiene en su predio un manantial; cuidémonos de exagerar todavía derechos que ya salen de los límites de la naturaleza y de la justicia.

194. Las cuestiones de detalle que se presentan en la aplicación del art. 641 dependen de la solución que se dé á la dificultad que acabamos de examinar. Déjase entender que si el propietario del manantial tiene derecho para disponer del uso de las aguas fuera del predio en donde brotan, puede hacerlo en provecho de todo propietario inferior, mediato ó inmediato, como lo ha resuelto la corte de casación en las sentencias que hemos creido deber combatir. Es evidente, además, que el cesionario puede, por su parte, ceder su derecho á quien él quiera. Si se llevase hasta el extremo este derecho, se llegaría á aniquilar el que el art. 644 concede á los ribereños; y en definitiva, el propietario del manantial sería el que dispusiese de las aguas y nó la naturaleza y la ley. Esta consecuencia lógica que se deriva del principio habla en contra de la jurisprudencia que lo ha consagrado. En nuestra opinión, el *título* de que habla el art. 641 no es una *cesión* que el propietario hace de las aguas del manantial, sino una renuncia al derecho que debe á la ley de usarlas á voluntad; luego es una restricción de sus derechos, y por lo tanto, una servidumbre, como lo hemos dicho, servidumbre pasiva para el predio en donde brota el manantial, servidumbre activa para el predio en el cual corren las aguas; lo que era un gravamen para los propietarios se vuelve un derecho. La extensión de la servidumbre se rige según el título; luego éste es el que se tiene que consultar, para determinar la extensión que el propietario del manantial ha impuesto á su predio. Y la extensión del gravamen determina la extensión del derecho que el título da á los propietarios inferiores. Si el título fija el volumen de agua cuyo uso se veda á sí mismo el propietario del manantial en provecho del ribereño inferior, éste no podrá salirse de esos límites; pero podrá servirse de las aguas para todos sus predios, por aplicación del derecho común, tal como resulta del

art. 644; porque esta disposición es la que rige los derechos de los ribereños entre sí; la convención celebrada entre el propietario del manantial y el propietario inferior, tiene únicamente por objeto impedir al dueño del manantial que absorba las aguas y forzarlo á que las deje correr en todo ó en parte por los predios inferiores. Cuando las aguas han llegado á éstos, la ley interviene para arreglar los derechos de los ribereños. El propietario del manantial no podría dar á un propietario inferior derechos que aquél no tiene en virtud del art. 644; el único derecho que el título crea, es el derecho al derrame de las aguas.

*b) Destino del padre de familia.*

195. El art. 647 no habla del destino del padre de familia. ¿Debe inferirse de aquí que si el propietario del predio hubiese emprendido trabajos que constituyan el destino del padre de familia y que tengan por objeto hacer servir las aguas del manantial á otra heredad que le pertenece, no habría en provecho del padre de familia, adquisición de la servidumbre, la cual, según el art. 643, puede anuirirse por título ó por prescripción? Ha habido un fallo en este sentido, en virtud de apelación, en materia de acción posesoria; pero fué casado, y con razón (1). ¿Qué importa el silencio del art. 641? La cuestión debe decidirse por los principios generales que rigen á las servidumbres. Según los términos del art. 692, “el destino del padre de familia equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes;” ahora bien, la servidumbre que el propietario inferior adquiere en el caso previsto por el art. 641 es continua y aparente, supuesto que consiste en el gravamen de dejar correr las aguas al fundo inferior mediante algunos

1 Sentencia de casación, de 30 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 142). En sentido contrario, Demolombe, tomo 11, p. 107, núm. 83, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 36 y nota 2.

trabajos aparentes y permanentes, trabajos que constituyen el destino del padre de familia. Esto decide la cuestión. El mismo art. 641 la resuelve implícitamente; en efecto, admite la prescripción, luego también el destino del padre de familia, supuesto que la prescripción tanto como el destino del padre de familia no se aplican más que á las servidumbres continuas y aparentes (art. 691).

196. ¿Cuál será el efecto del destino del padre de familia? ¿Transmite al propietario del predio que adquiere el derecho absoluto en las aguas tal como lo posee el propietario del manantial? Nó, porque el destino no es una venta; equivale á título, dice el art. 692, es decir, que crea una servidumbre, ó sea una simple modificación de la propiedad. El propietario del manantial se había servido de las aguas para utilidad de uno de sus predios: este estado de cosas se mantiene en virtud de un concurso tácito de voluntades. Hé aquí toda la teoría del destino del padre de familia.

c) *Prescripción.*

197. El art. 641 pone á la prescripción en la misma línea que al título. Y el 642 determina las condiciones que se requieren para que haya prescripción. Se necesita desde luego que el propietario del predio inferior tenga un goce no interrumpido por espacio de treinta años. Esto es la aplicación del principio general establecido por el artículo 690, por cuyos términos las servidumbres se adquieren por una posesión de treinta años. Para que la posesión conduzca á la prescripción, debe reunir las condiciones exigidas por el art. 2229: "para poder prescribir, se necesita una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, nada equívoca y á título de propietario." El art. 691 reproduce algunos de estos caracteres: quiere que el goce sea no interrumpido, y que los trabajos en

que se funda la posesión sean aparentes. Déjase entender que los principios generales concernientes á la prescripción siguen siendo aplicables por el hecho solo de que la ley no lo deroga.

La ley exige un goce no interrumpido, durante treinta años; si ella se explica sobre la interrupción, es sin duda para marcar que el propietario del manantial tiene un medio de impedir que la prescripción lo despoje de su derecho de propiedad, y es interrumpirlo. Tal es, por otra parte, el derecho común. Luego hay que aplicar el artículo 2242 según el cual la prescripción puede interrumpirse natural ó civilmente.

Hay interrupción natural dice el art. 2249, cuando el poseedor se ve privado, durante más de un año, del goce de la cosa, sea por el antiguo propietario, sea hasta por un tercero. En nuestro caso, había interrupción natural si el propietario de la fuente retuviese las aguas ó las desviase. Y ¿es preciso indispensabemente que dicha interrupción haya durado un año, como lo exige el art. 2243? Esta disposición supone que el propietario inferior tiene la posesión anual que le dan las acciones posesorias por medio de las cuales se le mantiene en su goce; en este caso, se necesita, para interrumpir la prescripción, que durante un año el propietario del manantial le haya impedido disfrutar de las aguas reteniéndolas ó desviándolas. Si el propietario inferior no tuviere todavía la posesión anual, el simple hecho de la retención ó de la desviación de las aguas, sería bastante para interrumpir inmediatamente la prescripción, puesto que el propietario inferior no tendría, en este caso, las acciones posesorias para mantener su goce. Esto no es más que la aplicación del derecho común.

En cuanto á la interrupción civil, fenece por medio de notificación, mandamiento ó secuestro, notificados á aquél

á quién se quiere impedir que prescriba. Tales son los términos del art. 2244. En el caso que estamos tratando, no puede tratarse ni de un embargo ni de un mandamiento, que es el preliminar. La vía más sencilla para interrumpir la prescripción del propietario inferior, es hacerle una interpelación á efecto que tenga que reconocer que su goce es puramente precario y que no podría invocarlo contra el propietario del manantial. Si el propietario inferior se negare á subscribir semejante prescripción, el propietario del manantial debería citarlo judicialmente. Una simple protesta que hiciese el propietario del predio en donde brota el manantial contra las empresas del propietario inferior no sería suficiente para interrumpir la prescripción: la interrupción civil no existe sino en los casos y con las condiciones determinadas por la ley (1).

198. ¿Cuándo comienza á contarse esa prescripción? El art. 642 contesta: "Desde el momento en que el propietario del predio inferior ha hecho y terminado obras aparentes para facilitar la caída y la corriente de agua en su propiedad." Se necesita que las obras estén *hechas y terminadas*, dice la ley; ciertos trabajos empezados no serían, pues, suficientes para poner inmediatamente al propietario del manantial en moratoria de interrumpirlas. Ni siquiera tendría el derecho, si las obras se hubiesen ejecutado en el predio inferior, y éstas, como más adelante lo diremos, bastan para fundar la prescripción. Los treinta años corren, pues, no desde el día en que los trabajos han empezado, sino desde el momento en que se concluyen. El propietario del predio es entonces avisado de la intención que tiene el propietario inferior de ejercer una servidumbre á cargo del predio, y debe interrumpir el goce.

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 36, nota 14; p. 38, nota 18, y . 2º, p. 351t nota 26, y las autoridades que allí se citan.

del propietario inferior si es que quiere impedir que se cumpla la prescripción.

199. ¿Qué género de trabajos se necesitan para que la prescripción comience á contarse? Hay acerca de este punto una gran diversidad de pareceres en la doctrina y en la jurisprudencia (1). La razón consiste en que los autores han querido hacer de una cuestión de hecho una cuestión de derecho. Todo lo que la ley exige, es que haya *obras* aparentes, destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua al fundo inferior, y no se explica sobre la naturaleza de dichas obras. Esta es una cuestión de hecho que puede recibir soluciones diversas según las diversas circunstancias. Así es, que se pregunta si una zanja ó atarjea abierta en el predio superior, para conducir las aguas á una pradera, es una *obra* en el sentido del art. 643. La corte de Burdeos ha resuelto la cuestión afirmativamente; dice muy bien, que la naturaleza y la importancia de las obras deben apreciarse según el objeto de la contienda. En el presente caso, se trataba de la irrigación de una pradera, que no era de mucha extensión, y la irrigación no se verificaba sino durante treinta y seis horas por semana; una simple zanja era suficiente para ese uso; ¿por qué, pues, se habrían exigido obras más considerables? (2). En otro caso, la corte de casación falló que no bastaba que hubiese en el predio superior una reguera destinada á dirigir las aguas hacia el predio inferior, por más que la limpia la hubiese hecho el propietario de este predio; y fué porque había circunstancias particulares que no permitían que se considerara la reguera como una obra hecha para facilitar la caída del agua por interés del propietario inferior. El consejero Mesnard, hizo bien patentes esas circunstancias, y al mismo tiempo estableció los verdaderos principios.

1 Demolombe, t. 11, p. 88, núm. 74, y las autoridades que él cita.

2 Burdeos, 5 de Julio de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 153).

Todos reconocen un primer punto, y es que la corriente natural de las aguas del manantial al predio inferior no dé ningún derecho al propietario de esta heredad; es preciso para que adquiera un derecho, que su goce esté acompañado de signos externos que manifiesten de una manera clara que ha tenido la intención de apropiarse las aguas y de crear, en provecho, una servidumbre en el predio superior.

Estos signos ó estas obras deben ser bastante significativas para que den la voz de alarma al propietario del predio, anunciándole una voluntad bien determinada de limitar sus derechos. Tales son los principios. En la aplicación como se trata de una cuestión de voluntad ó de intención, hay que consultar los hechos. ¿Una reguera que existe en el predio superior y que ha sido abierta para el derriame de las aguas manifiesta suficientemente el designio del propietario inferior? Según y conforme, contesta Messnard. Si la reguera ha sido abierta por él, ó á orden suya en el predio en donde brota el manantial, ó si no se ha establecido más que por su interés, puede suceder que esta obra caracterice suficientemente una posesión á título de servidumbre. No pasaba así en el caso juzgado por la corte de casación. Había una reguera; pero ¿quién la había abierto? ¿se había hecho por interés del propietario inferior? No se sabía. La duda sola acerca de estos puntos quitaba á las obras el carácter de actos hechos á título de servidumbre. Por lo mismo, la limpia venía á ser un hecho insignificante, y la corte de casación tenía razón en decidir que no estaban satisfechas las condiciones requeridas por la ley para el establecimiento de una servidumbre (1). En otra causa, la corte falló que una reguera practicada por el propietario inferior en un lavadero común era

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845 1, 253).

suficiente para adquirir la servidumbre. La sentencia se pronunció á dictamen del mismo consejero cuyas observaciones acabamos de resumir (1).

200. No todo es cuestión de hecho en las obras que la ley prescribe. Ella quiere que las ejecute el propietario del predio inferior, y la razón es bien sencilla. Los trabajos deben anunciar la voluntad del propietario inferior de prescribir contra el derecho del propietario del manantial; es, pues, preciso que las obras se ejecuten por su interés; y si las ejecuta el propietario superior, todas las probabilidades son que él haya querido facilitar el derrame de las aguas por su propio interés; él ha obrado como propietario y en provecho de su heredad; lejos de que resulte de esto una posesión que pueda invocar el propietario inferior, los trabajos atestiguan y protestan contra sus pretensiones. Es casi inútil citar la doctrina y la jurisprudencia, supuesto que es formal el texto (2).

201. Según los términos del art. 642, las obras deben destinarse á facilitar la caída y la corriente del agua en el predio inferior. Esto es siempre la aplicación del principio que acabamos de establecer. Los trabajos emprendidos para facilitar el derrame de las aguas pueden tener por objeto, sea impedir la estancación de las aguas en el predio en donde brota el manantial, sea hacerlas llegar al predio inferior; en el primer caso, los trabajos no pueden crear servidumbre, supuesto que son el ejercicio del derecho de propiedad, y se han ejecutado en interés del propietario del manantial; en el segundo caso, los trabajos aprovechan al propietario inferior, por lo que se dirigen

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 145).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 39 nota 15, y las autoridades que citan. Sentencias de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 253), y de casación, de 18 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 122).

contra el propietario superior, y á este título, dan principio á la prescripción. La corte de casación ha aplicado el art. 642 á un caso singular. Unos diques apoyados contra un predio perteneciente al propietario del manantial hacían derivar las aguas de un riachuelo que recibía al manantial. El propietario del predio inferior disfrutaba desde tiempo inmemorial de las aguas del riachuelo, inclusas las del manantial, cuando el propietario de éste lo desvió en provecho de una comuna. El ribereño inferior invocó la prescripción; opusieronle que los trabajos que él alegaba se destinaban á derivar las aguas del riachuelo, y podían fundar una prescripción en contra de los ribereños del mencionado riachuelo, pero que estando los trabajos practicados á cien metros del manantial, no tenían por objeto facilitar su derrame y corriente al fundo inferior. Las aguas del manantial, dice muy bien la corte de Grenoble, en el momento en que salen del predio en el cual brotan, cesan de ser la propiedad del dueño de aquel predio, y entran al dominio de todos los ribereños; luego el riachuelo es distinto del manantial, supuesto que no hay trabajos emprendidos para facilitar su caída al predio inferior (1).

202. El art. 642 exige que los trabajos sean *aparentes*. Esto no es más que la aplicación de un principio general en materia de prescripción. La posesión, según el art. 2229, debe ser pública. ¿Pero cómo debe entenderse la publicidad? Ciñéndose á la letra del art. 642, habría que resolver que las obras deben hallarse á la superficie del suelo, de suerte que un acueducto subterráneo no sería suficiente, por más que se anunciara por signos exteriores. Pero si de tal manera se interpreta el art. 642, se le pone en oposición con un texto formal y con los principios ge-

<sup>1</sup> Grenoble, 26 de Noviembre de 1840, y sentencia de denegada apelación, de 30 de Noviembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 152).

nerales. Todo lo que los principios exigen es que la posesión sea pública aunque las obras sean subterráneas; el artículo 553 lo dice: desde el momento en que los hechos de posesión son públicos, de modo que el propietario contra el cual se prescribe deba conocerlos, se ha conseguido el objeto de la ley. Se ha fallado en este sentido que un canal subterráneo que conduce las aguas del predio superior al inferior era una obra aparente, porque se anunciaría á la entrada del predio, por una abertura ó marca exterior, lo que constituía una publicidad suficiente (1).

203. ¿Se necesita que los trabajos se hayan emprendido en el predio superior? Esto es una cuestión muy debatida. La jurisprudencia constante de la corte de casación decide de que los trabajos deben emprenderse en el fundo en donde brota el manantial; los autores están divididos. Nosotros creemos que, según el texto y el espíritu de la ley es bastante con que los trabajos se ejecuten en el predio inferior. El texto entra en el detalle de las condiciones que se requieren para que haya prescripción, y entre ellas no exige que los trabajos se emprendan en el predio superior. Se pretende que esta condición resulta de los principios (2). Se trata de una prescripción adquisitiva fundada en la posesión; así es que, la cuestión está en saber cuáles son los caracteres que la posesión debe reunir para que conduzca á la prescripción. Ya hemos citado el artículo 2229 que contesta á la cuestión; el único carácter que tenga punto de contacto con nuestro caso es que la pose-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Abril de 1830 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 154). Compárese, Duranton, tomo 5º, p. 170, núm. 180.

2 Proulhon, *Del dominio público*, t. 4º, núms. 1372-1374; Demolombe, t. 11, p. 98, núm. 80. La jurisprudencia de la corte de casación se halla en este sentido (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 152). Hay que agregar las sentencias recientes. Véase una sentencia de 8 de Febrero de 1858 y la nota (Dalloz, 1858, 1, 68), y sentencia de 23 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 159), y de 17 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 197).

sión debe ser á título de propietario. La dificultad se reduce, pues, á ésto; si el propietario inferior hace trabajos en su predio, trabajos que estén destinados á facilitar la caída y la corriente en su heredad, y si él disfruta de las aguas á causa de tales trabajos, ¿su posesión será á título de propietario? Nosotros contestamos que el juez podrá ver en esto una posesión conducente á la prescripción; la posesión es esencialmente una cuestión de hecho que el juez apreciará. Sin duda que si los trabajos los ejecuta el ribereño inferior en el predio superior, la posesión será más caracterizada, y hasta podría resultar de las circunstancias de la causa que semejantes trabajos fueron ejecutados con el consentimiento del propietario superior, es cierto, pero á título de buena vecindad, de tolerancia, es decir, á título precario, lo que haría imposible la prescripción. Luego no hay que decir: por el solo hecho de que las obras se emprendieron en el predio superior, la posesión será útil á la prescripción. Y tampoco debe decirse: por el hecho de que los trabajos se practicarán en el predio inferior, la posesión no conducirá á la prescripción. El artículo 643 no exige más que una cosa, obras destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua; y el art. 2229 quiere que la posesión sea á título de propietario. Al juez incumbe decidir si las obras ejecutadas por el propietario inferior, sea en su predio, sea en el predio superior, revelan una posesión á título de propietario.

Esos son los principios tales como resultan del texto mismo del código civil. Nos oponen el antiguo derecho. En efecto, Dunod enseña formalmente que: "los vecinos deben haber hecho un canal en el predio de donde sale el manantial para llevar el agua al predio de aquellos" (1). Mucho caso hacemos de la tradición, pero con la condición de que se pruebe que el código civil la ha manteni-

1 Dunod, "Tratado de las prescripciones," p. 88.

do. Como derecho positivo, la antigua jurisprudencia está abrogada; luego no se la puede invocar sino cuando el legislador ha intentado consagrirla. Se pretende que los propios términos del art. 643 procuran la prueba que está uno pidiendo; ¿es concebible que se emprendan trabajos en el predio inferior que faciliten la caída del agua? Esto no es concebible, se dice, sino cuando las obras se ejecutan en el predio superior. Nosotros contestamos que ésta es una cuestión de hecho; el juez apreciará las obras, y si le parece que no están destinadas á facilitar la caída de agua al fundo inferior, no admitirá la prescripción. Tenemos todavía otra respuesta que dar á esta objeción de texto: la corte de casación, que siempre ha exigido que las obras fuesen practicadas en el predio superior, confiesa que el art. 643 no lo dice de una manera explícita (1). ¿En qué se funda, pues, la corte? Ella dice que esto resulta del espíritu de la ley. Acerca de este punto la corte de casación se engaña evidentemente. No pronunciamos á la ligera la palabra evidente: los textos hablarán por nosotros.

Cuando se invoca el espíritu de la ley, debería uno tomarse el trabajo de investigar la voluntad del legislador, porque el espíritu de la ley es lo que han apetecido los autores del código. Consultemos, pues, la discusión. El proyecto sometido á las deliberaciones del consejo de Estado no contenía más que una sola disposición: "El que tiene un manantial en su predio puede usarlo á voluntad." Cuando se abrió la discusión, Berlier propuso que se agregara: "sin perjuicio, no obstante, de los derechos del propietario de la heredad inferior, cuando ha recibido las aguas de aquel manantial por un tiempo suficiente para que su uso prescriba."

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Julio de 1837 (*Dalloz, Serridumbre*, n.º 151, 1º, p. 94).

Así, el primer autor del art. 642 ni siquiera pronunció la palabra *obras*, y se contentaba con una posesión suficiente para prescribir. Treilhard objetó que, para prescribir, era preciso poseer *animo domini*; ahora bien, dice él, el propietario del predio inferior no puede ignorar que el manantial del agua que atraviesa su propiedad pertenece al propietario del terreno en que aquélla nace. Este solo tiene el derecho de usarla; si deja correr las aguas, no por eso ha de entenderse que otorgó un derecho al propietario inferior. ¿Qué es lo que Treilhard opone á la proposición de Berlier? Que el hecho solo del derrame del agua al predio inferior no da ningún derecho al propietario de este predio. Esto es elemental. Hagamos únicamente constar que Treilhard nada dice todavía de *obras*. Berlier contestó que él no disputaba al dueño del predio en donde brota el manantial la propiedad de las aguas; es libre para darles el destino que guste; pero si en lugar de emplear las aguas las deja correr á los predios inferiores á los que aprovechan, ¿no sería ocasionar gran perjuicio á estas fincas, si el propietario del manantial pudiera, después de más de treinta años, suprimir ó desviar el curso del manantial, sobre todo, si ha habido obras ejecutadas en consideración á aquel estado de cosas? Berlier agregó que la propiedad de las aguas era de una naturaleza muy particular. Regnault de Saint Jean d'Angely, abundó en este orden de ideas; invocó él uso, es decir, la jurisprudencia: ésta exigía obras, pero Regnault dijo en términos formales que la jurisprudencia se daba por satisfecha con obras ejecutadas en el predio inferior para aprovechar las aguas. Hé aquí, pues, á los partidarios de la tradición interpretándola como nosotros interpretamos el art. 642: se necesitan obras, dijo Maleville, porque el goce solo de las aguas es insuficiente; se necesita que independientemente de la posesión el propietario del predio inferior haya hecho desde hace

treinta años obras para el uso de las aguas. Tronchet, dió otro sentido á la tradición; él pretendía que el propietario inferior no era admitido á prescribir; según él la disposición propuesta por Berlier era una innovación; concluye diciendo que sería muy difícil prescribir si la posesión no estuviese atestiguada por medio de *obras exteriores*. Siempre ni una sola palabra acerca del punto de saber en qué predio debían ejecutarse los trabajos. Por mejor decir, nadie rebatió lo que Regnault había dicho, que las obras emprendidas en el predio inferior fundan una posesión suficiente para la prescripción. Cambacères habló en términos generales de la necesidad de obras ejecutadas por el propietario inferior. Regnault insistió en la carga para defender la causa de los propietarios inferiores; cuando éstos se habían procurado irrigaciones por medio de trabajos ó construcciones, no se podía permitir al propietario del manantial que las había soportado durante treinta años que las devolviese de repente inútiles derivando las aguas del manantial en provecho de un tercero, que se vería enriquecido de este modo por la ruina de aquél á quien se hubiesen quitado las aguas. El acta de la sesión comprueba que se adoptó el artículo con las enmiendas de Bernier, Regnault y Cambacères. (1).

Si para interpretar el espíritu del art. 642, no tuviéramos más que la discusión del consejo de Estado, habría que decir, sin vacilar, que el legislador se ha conformado con trabajos exteriores, es decir, con obras que manifiesten la intención que el propietario inferior tiene de usar las aguas á título de derecho y no á título de tolerancia. Ni una sola palabra se dijo en el consejo, de donde pudiera inducirse que se necesitan trabajos hechos en el predio superior. Por el contrario, se dijo, y se repitió, que eran

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 6 (Loire, t. 4º, p. 165).

suficientes las obras ejecutadas por el propietario inferior en su predio. Hasta este momento estamos buscando en vano el espíritu de la ley que la corte de casación invoca en apoyo de su jurisprudencia. Las deliberaciones del consejo de Estado hablan decididamente en contra de la doctrina consagrada por la corte.

Vamos á llegar al punto decisivo del debate. La cuestión de saber si las obras exteriores exigidas por el proyecto del consejo de Estado deben ejecutarse en el predio superior no se había provocado en la discusión, porque todos estaban de acuerdo en que bastaban las obras hechas en el predio inferior. En el seno de la sección de legislación del Tribunado, la cuestión fué objeto de maduro examen. Los que pensaban que los trabajos deben hacerse en el predio superior decían: "El propietario del predio superior siendo como es el propietario del manantial, no se puede prescribir contra él toda ó parte de dicha propiedad, sino por ciertos medios que indiquen un consentimiento en la pérdida de esa propiedad. Se conviene en que el propietario superior conoce esa intención, ¿y de qué manera la conocería si las obras sólo se ejecutan en el predio inferior? Y aun cuando el propietario del manantial tuviese conocimiento de los trabajos ¿de qué manera impedirá él que el propietario inferior haga en su finca lo que se le ocurra?" Escuchemos ahora á los partidarios de la opinión contraria. Ellos confiesan que si se tratara de una servidumbre establecida por actos del hombre, habría que mostrarse más riguroso y exigir que los trabajos se hiciesen en la finca sirviente. Pero en el presente caso, la servidumbre dimana del estado de los lugares; el ribereño inferior debe su goce no á una convención expresa ó tácita, sino á un beneficio de la naturaleza. Si el propietario superior ha permanecido durante el largo espacio de treinta años sin perturbar aquel goce, se supone que ha ratificado

la obra de la naturaleza. Las obras que el propietario inferior ejecuta en su finca son una declaración formal de que tiene pensado prescribir, y si se cumple la prescripción, el propietario debe imputarse el no haber manifestado una voluntad contraria. El podía durante treinta años detener la prescripción, sea absorbiendo el agua del manantial, sea derivándola, sea declarando al propietario inferior, por protesta formal, que él no piensa dejar que prescriba en su contra el derecho de cambiar el curso del agua. No habiendo hecho nada de todo esto, su silencio equivale al consentimiento de que el propietario inferior conserve lo que la naturaleza le ha otorgado.

Hé aquí, pues, las dos opiniones en presencia: ¿cuál será la que triunfe? La última opinión, dice el Tribunado, es la que ha prevalecido. Y para desvanecer la duda que habría podido engendrar la palabra *exteriorres*, la sección de legislación propuso substituirla por la palabra *aparentes* (1). Así se planteó y resolvió la cuestión, y el texto del proyecto fué modificado consecuentemente. Debe renunciarse á servirse de los trabajos preparatorios si no se les tiene en cuenta cuando hay una resolución formal en el sentido de una de las opiniones que se abren paso acerca de una cuestión debatida? (2). ¿Qué se contesta á esto? Se dice que la opinión que estamos sosteniendo era, en verdad, la del consejo de Estado y del Tribunado; pero que como el texto del art. 642 no la ha consagrado, los principios deben conservar su imperio (3). ¡Cómo! se trata, por propia confesión de la corte de casación, de averiguar

1 Observaciones de la sección de legislación del Tribunal, número 3 (Loiré, t. 4º, ps. 173-174).

2 Ducaurroy, Bonnier y Rouston, t. 2º, p. 178, 4º; Aubry y Rau, t. 3º, p. 37, nota 17, y las autoridades que citan. Hay una sentencia de Rouen, de 16 de Julio de 1857 en favor de esta opinión (Dalloz, 1857, 2, 181).

3 Denolombe, t. 11, p. 98, núm. 80. En cuanto á las sentencias de casación, nada dicen.

el espíritu de una ley que no es muy explícita. Y hé aquí que los autores mismos de la ley nos dicen lo que ellos han deseado. ¡Y se rehusan á darles oídos, porque no escribieron su voluntad en un texto! Y aun esto mismo no es exacto, porque el texto se ha modificado en el sentido de la opinión unánime de los que han preparado la ley. ¿Hemos estado equivocados al decir que el espíritu de la ley es evidente, y que habla en contra de la corte de casación?

Casi es inútil invocar las palabras de los oradores del gobierno y del Tribunado. Berlier en la Exposición de motivos, se conforma con trabajos *aparentes* y *especiales*; y por trabajos especiales entiende obras destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua en el predio inferior. Gillet interpreta la tradición como lo había hecho Tronchet; el antiguo derecho, dice él, no admitía la prescripción en favor del propietario del predio inferior; el código la admite cuando el propietario ha tomado posesión del curso del agua por obras aparentes, si el propietario del manantial, advertido por esta misma apariencia, nada ha hecho durante treinta años para interrumpir un goce que no era el suyo (1).

204. ¿Se necesita que los propietarios estén contiguos para que puedan prescribir en contra del dueño del manantial? En principio, no hay razón para limitar á los propietarios inmediatos el derecho de prescribir contra el propietario del manantial. Si ellos no quieren ó no pueden usar del agua, ¿por qué no habría de permitirse á los propietarios más lejanos usarla? La naturaleza les da ese derecho, puesto que el manantial ha venido á ser una corriente de agua; pero el propietario del manantial conserva la propiedad de las aguas, y podía quitarles este goce absorbiendo el manantial ó derivándolo. Así, pues, es pa-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 6 (Loctré, t. 4<sup>a</sup>, p. 179). Gillet, Discurso número 7 (*ibid.*, p. 194).

ra ellos importante impedir que el propietario del manantial ejerza su derecho: es decir, que hay lugar á convención, y por lo tanto á prescripción. ¿Pero serán las mismas condiciones que para el propietario contiguo? Nós, se dice, los trabajos deberán hacerse en el predio en donde brota el manantial. Esto resulta del texto mismo del artículo 643, el cual exige que los trabajos se destinen á facilitar la caída del agua, lo que significa el paso del agua del predio en donde brota al predio contiguo. Luego esta condición no puede, pues, cumplirse en los predios más alejados. De aquí la consecuencia de que obras practicadas en estos fundos serían insuficientes para adquirir la prescripción. Ellos podrán siempre prescribir, pero emplendiendo trabajos en el predio superior.

Tal es la opinión general, aun la de aquellos que se conforman con trabajos ejecutados en el predio inferior (1). Creemos que se ciñen demasiado á la letra de la ley. ¿Por qué exige la ley obras destinadas á facilitar la caída y la corriente de agua? Como lo expresó el Tribunado, fué para marcar la voluntad del propietario que con eso manifiesta su intención de usar del agua á título de derecho. ¿Cuál debe ser la naturaleza de estas obras? Esta es una cuestión de hecho que el legislador no ha podido resolver, porque el juez solo puede hacerlo según las circunstancias de cada causa. El texto supone que hay un predio superior, de donde las aguas caen al predio inferior, pero esto puede no tener lugar, porque los dos predios estén en una llanura; sería entonces inútil hacer trabajos para facilitar la *caída* del agua, supuesto que no hay *caída*. Esto prueba que todo depende de la situación de los lugares. Lo único que sí puede decirse, es que mientras más se aleje uno del predio en donde el manantial tiene su origen, más

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. 3º, p. 38, nota 19, y las autoridades que ellos citan.

difícil será que las obras sean aparentes. Pero ésta es también una dificultad de hecho. Nosotros concluimos que en esta materia hay que atenerse á la apreciación del juez (1).

205. Ciertas obras existen sea en el predio inferior, sea en el superior; se supone que se destinan á facilitar la caída y la corriente del agua al predio inferior; esto no basta para que haya adquisición de la servidumbre por prescripción; la ley es formal, y quiere que los trabajos los ejecute el propietario inferior que reclama la servidumbre. La prueba incumbe al actor; al que pretende que su predio disfruta de una servidumbre es al que corresponde probarlo. Luego el propietario del predio inferior debe probar que él fué quién hizo los trabajos. Tal es el principio. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir. Si las obras existen en el predio inferior, el propietario puede invocar la presunción del art. 553, por cuyos términos todas las construcciones en un terreno se presumen hechas por el propietario, á su costa y que le pertenecen, mientras no se pruebe lo contrario. Teniendo el propietario una presunción legal á su favor, está, por lo mismo, dispensado de toda prueba (art 1352), salvo que el propietario superior la rinda en contrario. En cambio, las obras ejecutadas en el predio superior se presumen la propiedad del dueño del fundo, en virtud de la misma presunción. En este caso, pues, corresponde al propietario inferior combatir la presunción.

La corte de casación ha fallado que “los trabajos ejecutados en el predio ageno se presumen hechos por aquél á quien aprovechan, ó por sus órdenes ó en su interés.” De aquí infiere la corte que si existen algunos trabajos en el predio superior, destinados á facilitar el derrame de las

1 Compárese, Marcadé t. 2º, p. 559, art. 642, núm. 111. Demante, t. 2º, p. 577, núm. 493, bis 3.

aguas al predio inferior, de suerte que los trabajos se han hecho exclusivamente por interés de aquel predio, hay presunción de que fueron ejecutados por el propietario de dicho predio (1). Hay en esto error ó equivocación. Unas obras existen en el predio superior: ¿cuál es la presunción legal acerca del punto de saber quién ejecutó tales trabajos? El art. 553 contesta: "se presumen hechas por el propietario y á su costa, y como que le pertenecen." Luego, lejos de que haya presunción legal en favor del propietario inferior, la hay en favor del propietario superior. Pero la ley agrega, salvo la prueba contraria. Así, pues, se recibe al propietario inferior á que pruebe que él fué el que hizo los trabajos. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Puede hacerse por testigos, supuesto que se trata de hechos puros y sencillos, los cuales de derecho común se prueban por medio de testigos, sea cual fuere el monto del litigio. Ahora bien, cuando es admisible la prueba testimonial, el juez puede también admitir las presunciones llamadas del hombre, porque se abandonan á la ilustración y prudencia del magistrado. El propietario inferior podrá, pues, alegar á este título, la presunción de que habiéndose ejecutado los trabajos por su interés, se le tenga á él por el autor. Así es que lo que la corte de casación llama una presunción legal en favor del propietario inferior, es una presunción simple; y lejos de estar dispensado de toda prueba, el propietario inferior es el que está obligado á rendir la prueba. Todo esto es elemental (2).

206. Se pregunta si los trabajos exigidos por el art. 642 podrían reemplazarse por una notificación que el propietario

1 Sentencias de denegada apelación, de 1º de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 21) y de 17 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 197). En el mismo sentido, Amiens, de 18 de Mayo de 1868, confirmada por otra de 17 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 197).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 39 y nota 21.

rio inferior hiciese al propietario del manantial, para significarle que se abstenga de cambios en la dirección de las aguas. Proudhon enseña la afirmativa, é invoca la máxima de que “la contradicción abre la carrera á la prescripción de todo lo que puede prescribir” (1). La máxima está formulada en estos términos por Dunod, y es incontestable; pero queda por saber si no la ha derogado el art. 642, con razón ó sin ella, poco importa. Ahora bien, el texto es formal; las obras son una condición esencialmente requerida para que la prescripción pueda cumplirse en provecho del propietario inferior. Esto no es ni lógico ni jurídico. Porque ¿qué son los trabajos ejecutados por el propietario inferior? Una moratoria para el propietario superior. Y ¿acaso una notificación directa que el propietario inferior le dirige no es una manifestación más clara, más enérgica de su voluntad de prescribir que los trabajos que, en rigor, pueden ser un acto de tolerancia y de buena vecindad? Proudhon tiene razón en principio; pero el texto no permite que se acepte su opinión, y por esto ha quedado aislada (2).

*d) El efecto del título, del destino y de la prescripción.*

207. ¿Cuál es el efecto del título, del destino del padre de familia y de la prescripción? Hay mucha incertidumbre acerca de esta cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia. Al hablar del título, hemos dicho ya, que en nuestra opinión, el derecho que el propietario inferior adquiere, según el art. 641, consiste en una servidumbre que grava al predio en donde nace el manantial. El texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna acerca de este

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1371. Dunod, *De la prescripción*, página 37.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 37 y nota 16. Hay que agregar, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2º, p. 161, n. 6.

punto. "El que tiene en su predio un manantial, dice el art. 641, puede usarlo á voluntad." Lo que equivale á decir que él es propietario del manantial, y el derecho de propiedad es ilimitado. Luego el dueño del manantial puede absorberlo en u os agrícolas é industriales; y si usa de este derecho, el manantial no se volverá agua corriente, y por consiguiente, los propietarios inferiores no aprovecharán el agua. Aun cuando el propietario superior haya dejado correr el agua desde tiempo inmemorial, puede siempre retenerla, derivarla, absorberla, y quitar con esto á los ribereños el goce que ellos habían tenido. Así, pues, éstos tienen mucho interés en limitar el derecho absoluto del propietario del manantial; y limitar el ejercicio del derecho de propiedad, es crear una servidumbre. Tal es el objeto del título, del destino del padre de familia y de la prescripción y esto es lo que indica el texto al decir, *salvo el derecho*. El propietario inferior puede, pues, adquirir un derecho que impida al propietario superior usar á su voluntad del agua, y esto es una servidumbre (1). Dijimos también que tal es el espíritu de la ley. Esta da á los ribereños de las aguas corrientes el derecho de servirse de ellas, pero este derecho podría ser destruido por el propietario del manantial, si éste retuviese las aguas y les estorbase que corrieran á las fincas inferiores. Así, pues, para asegurarse el goce del agua, los propietarios inferiores deben limitar el derecho absoluto del propietario del manantial, es decir, establecer una servidumbre.

208. La aplicación de este principio no ofrece duda alguna cuando el propietario inferior invoca el destino del padre de familia. Este es un medio de establecer las servidumbres, art. 692, y el destino del padre de familia ja-

1 Véase en este sentido, el informe del consejero relator en el negocio fallado por sentencia de 12 de Mayo de 1828 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 171, p. 29, nota).

más tiene otro efecto. No sucede lo mismo con el título y la prescripción. El título puede transferir la propiedad toda, tanto como una servidumbre; se puede adquirir por la prescripción la propiedad toda ó un desmembramiento. De aquí la cuestión de saber si el propietario inferior puede adquirir la propiedad de las aguas del manantial, por título ó por prescripción. Generalmente se admite que el propietario del manantial puede transmitir la propiedad de las aguas al propietario inferior por un título translativo de propiedad (1). Nosotros hemos combatido esa opinión, núm 191; y en apoyo de la nuestra, invocaremos los considerandos de una sentencia de la corte de cassación y las observaciones de relator. Este dice formalmente que el derecho que puede haber adquirido el propietario del predio inferior por título ó por prescripción y cuya reserva hace el art. 641, no translada la propiedad, puesto que es inherente el predio; este derecho, concluye el dictámen, es menos una propiedad que una servidumbre. La sentencia de la corte adopta esta manera de ver, y decide que la propiedad de un manantial es esencialmente inherente al predio; aunque quisieran las partes no podrían transmitirla, porque el manantial no se transporta de uno á otro predio. ¿Qué cosa es, pues, el derecho de los propietarios inferiores de que habla el artículo 641? Una servidumbre, dice la corte, relativa al uso de las aguas que se derraman del manantial (2).

¿De dónde nace esa servidumbre? Ella puede establecerse por título ó por prescripción. La ley pone á la prescripción en la misma línea que el título, luego debe tener los mismos efectos. Si el título no transporta la propiedad del manantial al propietario inferior, la prescripción tampoco puede hacerlo propietario: él usa el agua, pero no

1. Aubry y Rau, t. 3º, p. 39.

2. Sentencias de denegada apelación, de 20 de Mayo de 1828, editada, número 207.

posee el manantial, luego no puede adquirir la propiedad de éste, porque no se adquiere por la prescripción sino lo que se ha poseído. Hay, no obstante, acerca de este punto alguna controversia. Los editores de Zachariæ enseñan que la prescripción jamás da al propietario inferior más que un derecho de uso en el agua del manantial, mientras que el título puede conferirle la propiedad misma. Esta doctrina nos parece poco lógica. En principio, se puede adquirir por prescripción lo que se puede adquirir por convención. Luego si se admite que el propietario del manantial puede vender su derecho de propiedad, debe concluirse que también puede prescribirlo en su contra. Pero los ilustres traductores comprendieron que era imposible al propietario inferior prescribir el manantial, y ya dimos la razón, que es perentoria. ¿No debe inferirse de esto que ni el título ni la prescripción puede transferir una propiedad que esencialmente está adherida al predio? No obstante, la corte de casación, por reciente sentencia, ha fallado que la propiedad del agua puede adquirirse por prescripción (1).

209. ¿Cuál es la extensión de la servidumbre que grava el predio en donde brota el manantial? Acerca de este punto hay nuevas dificultades. Antes que todo, debemos formarnos una idea exacta del objeto de la servidumbre. Indirectamente se dice que el objeto de la servidumbre es dar al propietario el goce del agua. Esto no es exacto. Desde el momento en que el manantial sale del predio en donde brota, se vuelve una agua corriente, ahora bien, la ley, de acuerdo con la naturaleza, da á los ribereños el derecho de usar del agua corriente á su paso. Así, pues, los ribereños disfrutan del agua en virtud de la ley; pero ese goce está á discreción del propietario del ma-

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 220).

nantial, que puede siempre retener las aguas, absorberlas ó derivarlas por todo el tiempo que los propietarios inferiores no hayan limitado su derecho absoluto de usar á voluntad el agua. Luego el objeto de la servidumbre es limitar el derecho absoluto del propietario del manantial. El era libre de usar del agua á discreción, y la servidumbre á la que queda sometido su predio le arrebata ese derecho. Así, pues, la servidumbre no da al propietario inferior el derecho de gozar, porque éste lo debe á su cualidad de ribereño, sino que garantiza ese derecho, poniéndolo al abrigo de las empresas del propietario del manantial.

Así, pues, el derecho de usar el agua á discreción está limitado por la servidumbre. Esta limitación puede ser más ó menos extensa; en otros términos, el propietario del manantial puede obligarse á trasmitir á los ribereños un volúmen de agua mayor ó menor, en el sentido de vedarse á sí mismo el derecho de retener aquel volúmen de agua ó derivarlo ó usarlo. Para determinar ese volúmen, se necesita naturalmente consultar el título, el destino del padre de familia y la posesión. Esto no es más que la aplicación del derecho común (art. 686). Pero se suscitan nuevas dificultades acerca del uso que el ribereño inferior puede hacer del agua que el propietario del manantial esté obligado á dejar correr en su fundo. Se pregunta si el propietario de la finca dominante puede usar del agua como se le ocurra, para otros predios que no sean el que reciba el agua, si puede ceder ésta á terceros. Los autores contestan que se debe aplicar el art. 702, por cuyos términos el que tiene un derecho de servidumbre no puede usarlo sino conforme á su título (1). Nos parece que la cuestión está mal planteada. El título no tiene por objeto arreglar los

1 Compárese, Demolombe, t. 11, p. 108, núms. 85-88. Duranton, t. 5º, p. 179, núms. 182 y 184. Prudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1362.

derechos que el ribereño inferior tenga en las aguas; tales derechos los determina el art. 644; pueden, es verdad, modificarse por las convenciones celebradas entre los ribereños y por la prescripción; pero el propietario del manantial no puede dar al ribereño inferior un derecho que éste no tiene en virtud de la ley, de las convenciones ó de la prescripción; y tampoco puede despojarlo de un derecho que le corresponde por cualquiera de estos títulos. En efecto, no es él quien concede á los ribereños inferiores el derecho de disfrutar del agua; no les da más que un solo derecho, el de impedir que el propietario del manantial retenga el agua y le emplee á su capricho. Este es el único objeto del título, del destino del padre de familia y la prescripción que norman las relaciones entre el propietario inferior y el propietario del manantial; en cuanto á las relaciones de los ribereños entre sí, están regidas por el art. 644 y por las convenciones ó prescripciones que puedan modificar la ley. Así, pues, más adelante será cuando expongamos esta materia, al tratar de los derechos que los ribereños tienen en las aguas corrientes.

Conforme á estos principios, fácil es determinar la situación de ambas partes, cuando hay título, destino ó prescripción. El propietario del fundo en donde brota el manantial permanece propietario de éste, por lo que conserva el derecho de emplear el agua, salvo la limitación resultante de las diversas causas que establecen una servidumbre á cargo de su fundo. ¿Puede hacer otras concesiones? Otra vez está mal planteada la cuestión; el propietario del manantial no hace concesión, sino que se impone una limitación en el uso á que tienen derecho. Si no se ha vedado el uso de una manera absoluta, puede restringir por nuevos títulos los límites de su derecho. Pero ya no puede hacer derivación que ataque la servidumbre que ha establecido, porque, según el derecho común, nada puede

hacer de lo que disminuya el uso de la servidumbre de que su finca es deudora (art. 697). ¿El propietario del manantial puede oponerse á que el propietario de la heredad dominante use del agua como guste? Acabamos de contestar que ese uso en nada concierne á la servidumbre, y qué, por consiguiente, el propietario del predio siriente no tiene derecho á intervenir en esto. Más adelante diremos cuáles son los derechos de los ribereños. Si surge conflicto entre el derecho del propietario del manantial y el derecho de servidumbre del propietario inferior, el tribunal resolverá la cuestión, no en virtud del poder discrecional que le da el art. 644 cuando se trata de las relaciones entre los ribereños, sino según los principios que rigen la propiedad y las servidumbres. Hay dos derechos reales en presencia, limitándose mutuamente, pero la limitación resulta de los títulos y el juez no puede imponerla en virtud de un poder de conciliación que no le pertenece sino cuando se trata de relaciones entre ribereños de una aguia corriente.

### *III. Derechos de los habitantes de una comuna.*

#### *a) Servidumbre establecida por el art. 643.*

210. Según los términos del art. 643, “el propietario del manantial no puede cambiar su curso, cuando éste abastece del agua necesaria á los habitantes de una comuna, villa ó aldea.” ¿Cuál es el motivo de esta restricción que recibe el derecho del propietario del manantial? Gillet, el orador del Tribunado, dice que la *utilidad pública* (1). El derecho de propiedad cede á toda hora ante la utilidad pública, pues existe una diferencia grande entre la expropiación por causa de utilidad pública y la servidumbre establecida por el art. 643. Cuando se expropia á un

1 Gillet, Discursos núm. 8 (Loqué, t. 4º, p. 941).

propietario, queda privado de su propiedad; en el caso presente, el propietario del manantial conserva su derecho, únicamente el uso del derecho es lo que se limita: esto es una servidumbre que la ley impone al predio en donde toma origen el manantial. Acabamos de decir, que la ley la impone, y esto constituye una segunda diferencia. La expropiación ordinaria la pronuncian los tribunales, cuando el propietario y el Estado no se ponen de acuerdo, luego hay siempre un contrato voluntario ó forzoso, y cuando es forzoso, hay que obedecer á numerosas formalidades. En el caso del art. 643, no hay contrato, no hay procedimiento de ninguna especie. La ley es la que expropia parcialmente al propietario del manantial gravando su fundo con una servidumbre (1). El legislador ha juzgado que era inútil exigir el consentimiento del propietario y prescribir formas cuando es patente la causa que hace establecer la servidumbre. Sólo que el propietario puede disputar la existencia de esa causa, es decir, que puede sostener que el manantial no es necesario á los habitantes de la comuna que reclaman su uso. Esto es una última diferencia entre la servidumbre legal del art. 643 y la expropiación: ésta se funda en la *utilidad* pública y no requiere que haya necesidad, mientras que la servidumbre del art. 643 no existe sino cuando el agua es *necesaria*. Es, pues, importante ver cuándo hay necesidad en el sentido de la ley.

211. Ante todo fijémonos en un principio de interpretación que nos servirá para resolver las dificultades que presenta el art. 643. Proudhon dice muy bien, que respecto á servidumbre, todo es de rigor, puesto que la libertad constituye la regla, el derecho común (2); pero cuando

1 Demolombe, t. 11, p. 115, núm. 90.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1391, 1º.

necesita aplicar su principio, lo echa á veces en olvido. Hay más que decir: la servidumbre del art. 643 es particularmente excepcional: la ley es la que expropia parcialmente al propietario. Así, pues, la servidumbre legal del art. 643 es de estricta interpretación bajo un concepto doble. En primer lugar, toda servidumbre es de derecho estricto; en segundo lugar, una servidumbre establecida por la ley, á pesar del propietario, tiene su único principio en la ley; luego no puede extenderse, aun cuando fuese por razón de analogía, porque la interpretación analógica conduciría á crear nna servidumbre legal sin ley.

212. ¿Quién puede reclamar la servidumbre establecida por el art. 643? La ley contesta: Los habitantes de una comuna, villa ó villorio. Luego se necesita que el agua sea necesaria á una comunidad de habitantes. Habitantes aislados no podrían ejercitar la servidumbre de toma de agua. Proudhon, olvidando el principio que acaba de asentar, enseña que los habitantes de una casa que se hallase apartada podrían invocar el beneficio del art. 643, á título de aldea (1). Es cierto que la ley no define la aldea, pero sí dice *los habitantes*; luego supone que hay varios, y jamás se ha dado el nombre de aldea á una sola habitación. La utilidad *pública* es lo que hace que se establezca esta servidumbre; luego es necesario que haya una comunidad interesada en el uso del manantial; no hay utilidad pública allí en donde sólo hay intereses individuales. Si hubiese lugar á contienda, los habitantes no podrían proceder individualmente, sino que la comuna sería la que promoviese la acción. Tal es también la opinión general.

213. ¿Cuál es la necesidad que los habitantes de una comuna pueden invocar? ¿Su consumo personal, las nece-

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1386. En sentido contrario, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, nota 27. Sentencia de Limoges, de 13 de Mayo de 1849 (Daloz, *Servidumbre*, número 174, 2º).

sidades de la agricultura y de la industria? Hay alguna duda, según los términos de la ley, que quiere que el agua sea necesaria á los habitantes, pero que no dice en que consiste esa necesidad. Es, pues, preciso consultar el espíritu de la ley. La disposición del art. 643 no se hallaba en el proyecto sometido al consejo de Estado. Regnaud fué el que propuso que se consagrarse tal restricción al derecho del propietario del manantial; y motivó la restricción haciendo notar que había aldeas cuyas fuentes y abrevaderos públicos estaban únicamente alimentados por las aguas que se derraman de un predio superior, propiedad de un particular (1). El art. 643 debe interpretarse en este sentido, y por consiguiente, debe limitarse la servidumbre á los habitantes, como lo expresa el texto, y á sus animales, siendo el abrevadero de los animales domésticos una necesidad tan urgente para los habitantes de los campos como sus necesidades personales. Pero no podría extenderse la servidumbre al regadío de las tierras ni al movimiento de las fábricas. Sin duda que la agricultura y la industria son de interés público; pero el que las ejerce lo hace por interés privado; ahora bien, la ley exige más que un *interés*, así pudiera ser general, quiere que haya *necesidad* pública, para que se modifique el derecho de propiedad. Puede decirse que es llevar demasiado lejos el respeto á la propiedad, privar á una comuna de las aguas fertilizantes de un manantial; pero no se podría llegar hasta allí sin cambiar completamente el sistema y estableciendo como principio que todas las aguas, aún las de los manantiales, son un dominio común; siendo así que la ley hace del manantial objeto de una propiedad privada. Es-

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, número 6 (Locré, t. 4º, p. 165).

ta es la opinión general, con excepción de algunos disentimientos (1).

214. No basta que el agua sirva para el consumo de los habitantes, precisa que les sea *necesaria*. Pardessus piensa que una utilidad bien marcada es suficiente. Esto es desviarse del principio de interpretación que domina toda esta materia, la ley exige que las aguas sean *necesarias* á los habitantes de una comuna; luego por útiles que les sean, si no le son necesarias, no pueden ellos reclamar su uso. Demolombe, como de costumbre, comienza por fijar el principio conforme al rigor del derecho; en seguida, la subordina al hecho, dando á los jueces el poder de apreciar, conforme á las circunstancias, el carácter de la necesidad que se invocase (2). Nó: la necesidad no admite términos medios, y desde el momento en que es patente, la servidumbre existe; y cuando deja de haber necesidad, cesa la servidumbre. Se notan las mismas incertidumbres en la jurisprudencia. La corte de Aix, á la vez que permite al propietario del manantial que use el agua, decide que no podría cambiar el curso (3). Esto es contradictorio. Si no hay necesidad no hay servidumbre, y si no hay servidumbre el propietario del manantial puede derivar las aguas, porque la servidumbre consiste precisamente, como dice el art. 643, en el gravamen de que el propietario del manantial no puede cambiar su curso. La corte de Orleans ha fallado mejor, primeramente en principio, que el uso excepcional de las aguas de un manantial, autorizado por el art. 643, tiene por condición de existencia, por justificación y por límite la necesidad; ahora bien, el uso no puede declararse necesario sino en tanto que no es po-

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, notas 28-29 y en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 176.

2 Pardessus, t. 1º, p. 334, núm. 138. Demolombe, t. 11, p. 119, número 94.

3 Aix, 13 de Junio de 1845 (Dalloz, 1946, 2, 220).

sible, en razón de la situación de las personas y de los lugares, suplirlo de otra manera. En segundo lugar, la sentencia hace constar de hecho, que los habitantes de la comuna que reclamaran el uso de un manantial podían tomar en vados públicos el agua que les fuese necesaria; en verdad que tales vados, en razón de la distancia, eran mucho menos cómodos para los habitantes, pero la mayor ó menor incomodidad no crea una necesidad; y la ley puede muy bien expropiar al dueño del manantial del libre uso de su propiedad, pero no ha podido ni querido privar al propietario de su derecho por la comodidad de otros propietarios (1).

Se pregunta si hay necesidad por el hecho solo de que no hay pozo en la comuna que reclama el uso del manantial. Hay un motivo para dudar. Podría decirse que los habitantes no tienen más que cavar pozos para tener agua, y que, por consiguiente, no hay necesidad. A esto Proudhon contesta perfectamente, que los autores del código sabían que se podía adquirir agua cavando, y que, no obstante, han establecido una servidumbre por interés de los que no la tenían, lo que decide la cuestión. Hay más: la servidumbre carecería de razón de ser, si sólo se hubiese creado para los que no pueden tener pozos, porque siempre hay medios de cavarlos, con gasto mayor ó menor. La corte de casación consagra esta opinión en un caso en que había algunos pozos en la comuna, pero en que numerosas habitaciones carecían de ellos, lo que bastaba para legitimar la servidumbre (2).

215. ¿A qué aguas se aplica la servidumbre establecida por el art. 643? Se ha fallado por la corte de casación que

1 Orleans, 23 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1858, 2, 108). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, notas 30-32 y las autoridades que ellos citan.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1887. Sentencia de denegada apelación, de 4 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, I, 283).

había lugar á esta servidumbre, cuando los habitantes de una comuna tomaban en un abrevadero el agua, que les era necesaria (1). Según esta jurisprudencia, no sería necesario que el agua fuese corriente; y habría que decidir, como lo hacen varios autores, que los habitantes podrían reclamar el uso de una fuente, de una charca, de un estanque y de una cisterna (2). Proudhon combate esta opinión con una vivacidad extrema. Invoca desde luego el principio de que la servidumbre del art. 643 es de estricta interpretación; debe uno ceñirse al texto; ahora bien, la letra de la ley no permite que se dude. "El propietario del manantial, dice el art. 643, no puede cambiar su *curso*," luego preciso es que se trate de un manantial y que éste tenga corriente, es decir, que se haya vuelto una agua corriente; fuera de los términos de la excepción, volvemos al derecho común de la libertad. Esto es decisivo. No obstante, hay alguna duda bajo el punto de vista del espíritu de la ley: la necesidad es lo que crea la servidumbre, y la crea en una agua que es propiedad privada; ¿en dónde está la diferencia entre el manantial y el estanque ó la cisterna? Proudhon contesta que querer encontrar analogía entre una cisterna y un arroyo, es llevar la aberración á su punto extremo. Se concibe que la ley disponga de un manantial cuando se ha vuelto agua corriente; pero el agua de una cisterna ó de una charca pertenece tan rigurosamente al propietario de la charca ó de la cisterna como la que se toma en el río pertenece al dueño del suelo; luego no está á disposición de la ley. El art. 643, continúa Proudhon, prohíbe al propietario del manantial que cambie su curso: ¿se concibe que la ley prohíba al propietario de una cisterna que desvíe un arroyo que no existe? ¡Pero

1 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Julio de 1822 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 187).

2 Duranton, t. 5º, p. 186, núm. 191. Delvincout, t. 1º, p. 183. Toullier, t. 2º, núm. 134. Pardessus, t. 1º, núm. 138.

el espíritu de la ley! Grande es la diferencia, contesta Proudhon, entre las aguas de un manantial que incesantemente se renuevan y una cisterna que se agota por el uso; se comprende que la ley dé un derecho sobre el manantial que es inagotable; pero no se comprende que el legislador permita á los habitantes de una aldea que agoten una cisterna cuando pueden cavar una.

A Duranton es al que Proudhon contesta con tanta dureza, al decir que sería difícil acumular más aberraciones en tan breves líneas (1), y hay que confesar que, con excepción de la vivacidad de la forma, el reproche es merecido. Insistimos para excusarnos de que, después de tantos autores, nos hemos atrevido á emprender la publicación de un nuevo curso de *Principios*. Y es que los principios son precisamente los que les faltan. Y Proudhon no marca siquiera todos los errores cometidos por Duranton. Este invoca los arts. 545 y 645 en apoyo de su opinión. El art 545 es relativo á la expropiación por causa de utilidad pública, y nada tiene de común con la servidumbre legal establecida por el art. 643. En cuanto al art. 644, da á los tribunales un poder discrecional para fallar las contiendas que surjan entre los ribereños de una corriente de agua; y en el caso de que se trata, el debate se agita entre una comuna y el propietario de un manantial. He aquí cómo se mezclan y confunden los principios más extraños á las cuestiones que se trata de decidir. Por aplicación de estos principios, se ha fallado que los habitantes de una comuna no pueden reclamar el uso de un manantial que no se derrama fuera del fundo en donde brota. En el caso de que se tratara, el agua formaba una fuente en una taza de mampostería; no había corriente de agua exterior. Das á los habitantes de la comuna vecina el derecho de tomar agua de esa fuente, habría sido

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1391.

desnaturalizar enteramente la servidumbre creada por la ley. El código supone que los habitantes se sirven del agua á su paso, es decir en sus fincas; mientras que hallándose la fuente en el predio superior, los habitantes habrían debido penetrar en él y conducir á sus animales. Que se lea el art. 643, y que se decida si esa es la servidumbre que el legislador define y limita al decir que el propietario del manantial no puede cambiar su curso. Esto equivaldría á crear una nueva servidumbre y los jueces no tienen ese derecho (1).

216. ¿Los principios que el código civil establece en los manantiales se aplican á las aguas termales? Se ha fallado que el art. 643 no se aplica á las venas subterráneas é ignoradas, sobre las cuales nadie tiene derecho antes de que el propietario del suelo, al cavarlas, las haya descubierto y hecho surgir. Esto equivale á decir que las fuentes termales permanecen bajo el imperio del derecho común. La misma sentencia resuelve que ninguna ley prohíbe las excavaciones y las rebuscas en los terreros contiguos á las aguas termales, por los propietarios de dichos terrenos (2). Para poner las aguas termales al abrigo de las empresas de los propietarios vecinos, la corte de Montpellier había aplicado el art. 643 hasta á los veneros alimentadores de esas aguas; esto suponía, en primer lugar, que la necesidad exigida por la ley comprende la utilidad medicinal, lo que es muy discutible; esto implicaba, además, que las comunas tienen, en virtud del art. 643, un derecho en los veneros de las fuentes que les son necesarias, y más adelante diremos que la doctrina y la jurisprudencia rechazan tal interpretación; por último, la corte había extendido á los propietarios de los terrenos en donde se hallan las venas

1 Dijon, 9 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

2 Sentencia de casación, de 4 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 305).

alimentadoras de las aguas termales, la servidumbre que la ley impone al propietario del fundo en donde brota el manantial, lo que era contrario al texto y al espíritu de la ley. La corte de Montpellier hacía la ley. Había un vacío en el código civil, que ha sido colmado en Francia por la ley de 14 de Julio de 1856. Esta ley permite que se declaren de interés público las fuentes de aguas minerales; cuando ha sido hecha la declaración, resulta una servidumbre en provecho de las aguas termales sobre los predios vecinos. Esto es lo que la ley llama un perímetro de protección; ningún sondeaje, ningún trabajo subterráneo puede practicarse en dicho perímetro sin previa autorización (1).

*b) Derechos de los habitantes de la comuna.*

217. ¿Qué derecho da la servidumbre á los habitantes en cuyo beneficio se establece aquélla? El texto del artículo 643 contesta á nuestra cuestión; él dice en qué consiste la servidumbre: "El propietario del manantial no puede cambiar el curso de éste." Esto supone que el manantial se ha vuelto una agua corriente de la que tienen derecho de servirse los habitantes como ribereños. Conforme al derecho común, este uso sería precario, puesto que depende siempre del propietario del manantial retener las aguas ó desviarlas. El deja de tener este derecho cuando las aguas son necesarias á los habitantes de una comuna. La servidumbre del art. 643, lo mismo que la que puede constituirse por título ó por prescripción, tiene, pues, por objeto, impedir que el propietario del manantial lo use á discreción, como en principio se lo permite el art. 641. Síguese de aquí que los habitantes únicamente tienen el derecho

1 Véase la ley en la exposición de motivos, y el dictámen en D. Non, 1856, 4, 85.

de emplear el agua á su paso, según el derecho común consagrado por el art. 644; con esta diferencia, sin embargo, que no deben ser ribereños para servirse del agua, puesto que el art. 643 aplica el agua al uso de todos. Esto concierne á las relaciones de los habitantes entre sí; por el momento, nosotros estamos examinando cuáles son sus relaciones con el propietario del manantial. Ellos pueden oponerse á que éste cambie la corriente del manantial: tal es el único derecho que les concede el art. 643.

218. Se pregunta si los habitantes tienen el derecho de paso, de toma de agua y de acueducto; es decir, si pueden pasar por el predio del propietario á quien pertenece la fuente para tomar el agua que necesitan, y si pueden construir un acueducto para llevar el agua á la comuna. Generalmente se adopta la negativa, y si se ajusta uno al texto del artículo 643, á penas se comprende que se haya suscitado la cuestión (1). Se trata de restringir el derecho de propiedad del dueño del manantial. Este derecho es, en principio, absoluto, según el art. 545 y según el 641; las restricciones del 643 son, pues, de la más estricta interpretación. Proudhon, que establece ese principio, lo olvidada en el caso actual. El concede á los habitantes el derecho de paso, cuando no pueden aprovechar el agua si no es penetrando al predio en donde esté el manantial. El agua no puede tomarse sino en donde está, dice Proudhon. Esto supone que el agua no tiene corriente fuera del predio en donde brota el manantial. Si así es, no hay lugar á la servidumbre del art. 643. El mismo Proudhon dice más adelante que esa servidumbre consiste únicamente en prohibir al propietario del manantial que le cambie la dirección, cuando el arroyo lleva el tributo de sus aguas á una aldea á la que son necesarias. Este último principio

<sup>1</sup> *Aubry y Rau*, t. 3º, p. 42, notas 35-36, y las autoridades que ellos citan. En sentido contrario, Proudhon, *Del dominio público*, números 1381-1382; compárese el núm. 1391.

es el verdadero, puesto que el código civil lo consagra. Luego hay que decir que si el manantial no tiene corriente fuera del predio en donde surge, no hay servidumbre; que si se vuelve agua corriente, los habitantes de la comuna deben tomarla tal como la naturaleza se las da, salvo el hacer en su territorio los trabajos necesarios para aprovechar sus beneficios. Darles un derecho cualquiera sobre el predio en donde nace el manantial, sería, como lo expresa muy bien la corte de casación, substituir una servidumbre, cuyo objeto especial está claramente definido, con una servidumbre distinta y nueva que diferiría esencialmente de la primera (1). El intérprete no puede tener ese derecho, y no puede haber servidumbre legal sin ley.

219. El art. 643 no pone en presencia más que á los habitantes de la comuna á los cuales es necesaria el agua y al propietario del predio en donde nace el manantial. Puede haber otros interesados. El manantial se vuelve agua corriente; pasa por los predios de los ribereños antes de llegar á la comuna que la necesita; ¿pueden los ribereños emplear el agua con perjuicio de los habitantes de la comuna? ¿o no pueden emplearla sino con la carga de transmitir á los habitantes el agua que necesitan? Se ha fallado por la corte de casación que el artículo 643, que prohíbe al propietario del manantial cambiar su corriente, necesariamente se aplica al propietario intermedio cuya heredad es atravesada por las aguas del manantial. No se podría admitir, dice la corte, que el ribereño que tiene en las aguas un derecho menos extenso que el del propietario en cuyo predio brota el manantial, esté eximido de la obligación que impone la ley á este último por interés de una comunidad de habitantes. Si este inte-

1 Sentencia de casación, de 5 de Julio de 1864 (Daloz, 1864, 1, 280), y Agen. 31 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 161) Comparese, Dijon, 9 de Noviembre de 1866 (Daloz, 1867, 2, 11).

rés se ha reconocido bastante considerable para hacer cesar el derecho del propietario del manantial, con mayor razón debe limitar el simple derecho de uso de los ribereños. ¿Es concebible, dice el consejero relator, que el interés de la comuna que prevalece sobre el derecho del propietario no prevalga sobre otro derecho menor, el de los ribereños (1).

Planteada en estos términos, la cuestión nos parece muy dudosa. No se razona con argumentos *a fortiori* en materia de servidumbre, en donde todo es de derecho estricto. Es el principio, tal como la corte de casación lo ha formulado. Mesnard, el consejero relator, previó la objeción, pero para contestar á ella se vió obligado á desviarse del principio. "Las disposiciones del art. 643, dice él, no deben entenderse en un sentido demasiado estrecho, y no debe restringirse la aplicación al único caso en que el interés de los habitantes de una comuna se halle en conflicto con el interés particular del propietario en cuyo predio nace el manantial." La respuesta á esta argumentación es muy sencilla. La ley es la que restringe el derecho de la comuna, no dándole una servidumbre, sino en el predio en donde nace el manantial. La cuestión, tal como la corte de casación la ha planteado, consiste, pues, en saber si la servidumbre que grava el predio en donde nace el manantial puede extenderse á los predios por los cuales corre el manantial convertido en agua corriente. Extender una servidumbre es criárla; ¿se necesita repetir, con la corte de casación, que este derecho no pertenece al intérprete?

Quizá se podría justificar la decisión de la corte de casación planteando la cuestión en otros términos. Los ribereños por cuyos predios pasa el manantial, cuando

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1849 (*Dalloz, 1849, 1, 57*). En el mismo sentido, Nancy, 29 de Abril de 1842 (*Dalloz, Servidumbre, nám. 186*).

se ha vuelto agua corriente, no tienen derecho absoluto en esas aguas; lejos de eso, su goce es precario, en tanto que no tienen ni título ni prescripción; respecto á ellos, el propietario del manantial permanece libre para desviar la corriente y hasta para absorber toda el agua. Mientras que la comuna tiene un derecho que puede compararse al que resultaría de un título. Su derecho es real, puesto que es una servidumbre; en virtud de este derecho, la comuna debe tener la preeminencia sobre todos los ribereños que no tienen ningún derecho. Claro es, que los ribereños no podrían oponer su derecho al propietario del manantial; ellos tampoco pueden oponerlo á la comuna, que tiene un derecho contra el propietario del manantial. Teniendo un derecho en las aguas, ella debe poder oponerlo á todos los que no lo tienen, y los ribereños no lo tienen. Esto es decisivo en favor de la comuna. En este orden de ideas, la comuna no reclama una servidumbre en los predios de los ribereños, sino que aparta á los ribereños como desprovistos de derecho.

220. ¿La comuna puede oponer su derecho al propietario del predio en donde se hayan las venas alimentadoras del manantial? Se comprende el interés de la cuestión. El propietario puede hacer en su predio las excavaciones que guste, para buscar un manantial ó con otro fin cualquiera; con esto corta las venas del manantial que alimenta á la comuna. ¿Tiene ese derecho? La afirmativa no es dudosa. En efecto, la comuna no tiene derecho en las aguas sino en virtud del art. 643, y éste limita únicamente la propiedad del que tiene un manantial en su predio, prohibiéndole que cambie su curso. La ley no limita el derecho de propiedad de los propietarios superiores; luego su derecho queda íntegro. Proudhon, olvidando otra vez su principio, enseña que el propietario del predio en donde se hallan las venas alimentadoras de un manantial necesario á

los habitantes de una comuna, no tiene el derecho de interceptar las aguas: la ley, dice él, estaría en contradicción consigo misma si autorizara al propietario superior á privar á la comuna del uso de las aguas que debe exigir (1). Sin duda que la ley habría podido llevar más lejos su previsión, pero no lo ha hecho, y no corresponde al intérprete colmar el vacío creando una nueva servidumbre. Porque la servidumbre sería realmente distinta de la que el código ha consagrado: ésta se halla establecida en el predio en donde nace el manantial y prohíbe al propietario que desvie su curso; la que Proudhon admite, gravaría todas las heredades vecinas al prohibir á los propietarios emprender excavaciones. Esto equivaldría á aplicar á la servidumbre del art. 643, lo que el legislador francés ha hecho para la protección de las aguas termales. Es evidente que para esto se necesitaría una ley. La corte de casación así lo ha fallado: la sentencia dice que no se puede arbitrariamente extender la disposición del art. 643 á un caso que ésta no ha previsto (2). Incontestable es el principio, pero ¿no lo ha olvidado á veces la corte de casación como acontece á Proudhon? Acabamos de hacerlo constar, y si lo hemos hecho es únicamente para llamar la atención de nuestros jóvenes lectores sobre los principios. Esto será la justificación de nuestros trabajos si logramos realizar nuestro plan.

c). *Derecho del propietario del manantial.*

221. El art. 643 dice que el propietario del manantial puede reclamar una indemnización, que fijarán unos peritos.

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1547. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 112, nota 34, y las autoridades que ellos citan.

2 Sentencias de 29 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 183, 1º), y de 26 de Julio de 1836 (Daloz, *acción posesoria*, número 759).

Cuando se trata de expropiación, la indemnización es de derecho común; pero la ley, en general, no concede una indemnización para las servidumbres llamadas naturales ó legales. ¿Por qué el código quiere que el propietario del manantial sea indemnizado? Es porque hay aquí una especie de expropiación por causa de utilidad pública. El dueño del predio permanece, en verdad, propietario, pero ya no tiene el derecho de retener las aguas, ni por lo tanto, el de usarlas á discreción; y estando privado de una parte de su propiedad, justo es que reciba una indemnización. Según el derecho común, la indemnización debe pagarse antes de que se consuma la expropiación. En el caso previsto por el art. 643, la ley comienza por limitar el derecho del propietario, y en seguida agrega que él podía reclamar una indemnización; y es que en este caso hay más que utilidad, hay necesidad; las necesidades de la comuna deben satisfacerse desde el momento que existen, porque no toleran ninguna demora, siendo el agua un elemento de vida tan indispensable como el aire.

¿Cuál es la base de la indemnización? Hay que aplicar el principio de derecho común. Se quita al propietario una parte de su propiedad; debe indemnizarse por esa pérdida. Así es, que no se toma en consideración la ventaja que el agua procura á la comuna; puede ser la ventaja inapreciable. En materia de expropiación se estima el valor venal de la cosa. Los peritos harán lo mismo en el caso del art. 643; ellos estimarán lo que vale el derecho ilimitado de usar del agua del manantial, y lo que valga menos el predio, cuando el derecho del propietario queda limitado (1).

222. El art. 643 dice que no se deberá la indemnización sino cuando los habitantes no han *adquirido ó prescrito el*

1 Demolombe, t. 11, p. 121, núm. 97. Aubry y Rau, t. 3º, p. 42, núm. 37.

uso del agua. Por la palabra *adquirido*, la ley da á entender el *título* que con la *prescripción* forman el derecho común en esta materia. Si existe un título, éste arreglará las condiciones bajo las cuales el propietario del manantial ha renunciado á su derecho absoluto de propiedad. Si hay prescripción, ya la indemnización no puede ser cuestionable, porque la prescripción implica el consentimiento del propietario del manantial en que los habitantes disfruten del agua. ¿Qué cosa es, pues, la *prescripción del uso del agua* de que habla el art. 643? Ajustándose al texto, se trataría de una prescripción adquisitiva; pero si se entiende la ley de esta manera, es ó inútil ó está en oposición con el principio mismo en que ella se basa. Inútil es, en este sentido, que la palabra *adquirido* implica ya la prescripción, porque se adquiere por prescripción tanto como por título, según el art. 641 que se sirve de la misma palabra *adquirido*. Contradicción: si la “prescripción del uso de la agua” es una prescripción adquisitiva, resultará de ello que la comuna deberá adquirir el derecho al agua por una larga posesión, mientras que el art. 643 dice que “el propietario del manantial no puede cambiar su curso cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que necesitan;” la ley es, pues, la que establece esta servidumbre en provecho de los habitantes, y únicamente después de haberla establecido es cuando agrega que el propietario puede reclamar una indemnización. Si la servidumbre es legal, es contradictorio exigir que los habitantes adquieran el uso del agua por una prolongada posesión. La servidumbre existe de pleno derecho. Queda por pagar la indemnización que el propietario del manantial puede reclamar. Este es un crédito ordinario que prescribe por el lapso ordinario de treinta años. Venimos á parar en esta conclusión, que la prescripción de que habla el art. 643 es una prescripción liberatoria, extintiva. ¿A contar desde

qué momento empieza á contarse desde el instante en que la comuna usa ó no quiere usar de la servidumbre que la ley establece en su favor, el derecho á la indemnización existe, el propietario del manantial puede reclamarla, y por consiguiente, la comuna la puede prescribir.

Tal es la opinión casi general. Hay alguna duda, porque el texto de la ley es formal, y exige una prescripción adquisitiva. Por esto es que ha habido intérpretes que han tomado el texto al pie de la letra, y que han tratado de conciliar el final del art. 643, que habla de una prescripción á efecto de adquirir el uso del manantial, con el principio, que otorga de pleno derecho el uso de las aguas á los habitantes de la comuna cuando las necesitan. Se niega que la comuna tenga el derecho de emplear el agua del manantial, por el hecho solo y desde el instante en que las aguas le son necesarias. La ley, se dice, no atribuye á los habitantes más que el derecho de adquirir el uso de las aguas por medio de una expropiación que se les permite que impongan al propietario del manantial. Síguese de esto que la expropiación, y por lo tanto, el derecho á las aguas, no existe sino á contar desde el momento en que los habitantes han declarado al propietario del manantial la intención de aprovecharse del beneficio de la ley. Mas si no hacen ninguna notificación al propietario del manantial, si de hecho emplean el agua, no hay expropiación, y por lo tanto, no hay derecho á las aguas. En este caso, no adquirirán derecho sino cuando ejecuten ciertas obras aparentes con intención de apropiarse el uso del agua del manantial y lo adquirirán sin indemnización. Así, pues, el pensamiento de la ley es el siguiente: los habitantes de una comuna pueden adquirir el derecho á las aguas por título ó por prescripción según el derecho común; pueden

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 artículo.

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 Anbry 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? Nô, el código dice formalmente que la “acción de indemnización” es la prescriptible. Luego la prescripción es extintiva. ¿Por qué habia 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 (Dalloz, 1845, 4, 490), y de Dijon, de 17 de Junio de 1864 (Dalloz, 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 no; 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. Síguese 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 e 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-

<sup>1</sup> Gante, 27 de Enero de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 223).

<sup>2</sup> 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? Ciento 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 pa-

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). Si, 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. 1º, párrafo 21, D., "de aqua et aquæ pluviaid." (XXXIX, 3). Compárense los autores citados por Aubry y Rau, t. 3º, p. 44 y nota 4.

2 Demolombe, t. 11, p. 142, núm. 116. Duranton, t. 5º, núm. 159, p. 135. En sentido contrario, Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, números 1337-1338. Aubry y Rau, t. 3º, 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 administracion, 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. Ciento 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 (*Pasierisia*, 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 no. 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. II, p. 129, número 105.

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 dejases 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 disentimiento, 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 disentimiento. 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 (Dalloz, 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. Demanté, t. 2º, número 495, bis 1, 57?

*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 derráman. 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 adquieran 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

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 21 de Julio de 1825, y Reñnes, 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 el 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 adquieran 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 regadio 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 qué el último se vele 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 (*Posicrisia*, 1849, 2, 183); Caen, 22 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 134). Burdeos, 7 de Enero de 1846 (Daloz, 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 (Daloz, 1845, 1, 385). Burdeos, 7 de Enero de 1846 (Daloz, 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 disfrutan 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. Se-mejante 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*, nám. 357).

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 *antiquada* (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., *quaqua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1º, párrafo 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Pablo, L. 28, 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, reune 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).

nantial, ¿por qué no había de admitir la de las aguas pluviales? ¿Se dirá acaso que el código consagra expresamente una (art. 641), lo que implica que rechaza la otra? Este argumento sacado del silencio de la ley, ningún valor tiene en el presente caso; la ley no habla de las aguas pluviales, ni de la propiedad de estas aguas ni de las servidumbres que su uso origina; ¿se inferirá de esto que el que recibe las aguas pluviales en su predio no se vuelve propietario? No insistimos, porque esto no es serio.

Se lee aún en las sentencias que la posesión de las aguas pluviales no es una posesión no interrumpida, como lo exige el art. 2229. La objeción es un error, y el error recae en un principio elemental de derecho. En el título de la *Prescripción*, diremos que la posesión está *interrumpida* cuando hay interrupción de la prescripción. Ahora bien, nosotros estamos suponiendo que no ha habido ninguna interrupción. Es, pues, un contrasentido jurídico afirmar que la posesión de las aguas pluviales es, por su naturaleza, una posesión interrumpida. La objeción de que esta posesión es necesariamente equívoca carece ya de valor. Se quiere decir que es una posesión que no se funda sino en la tolerancia, lo que sería una posesión precaria y equívoca, en el sentido de que no se sabría si es una posesión á título de propietario ó á título precario. ¿Porqué había de ser equívoca por naturaleza la posesión de las aguas pluviales, mientras que la posesión de las aguas de manntiaal no lo es? En vano buscamos la razón de esta diferencia. ¿Será acaso porque las aguas pluviales tienen menos utilidad? Si no fueran útiles no se disputaría su goce, y no tendríamos necesidad de discutir la cuestión (1).

238. Bajo el punto de vista de los principios generales que rigen la prescripción, nada hay que se oponga á que

1 Véase acerca de todos estos puntos una excelente nota de Mourlon, inserta en la "Omplicación periódica" de Daloz, 1865, 2, 97.

la servidumbre de conducción de agua se adquiera por prescripción, cuando se trata de aguas pluviales. Queda en pie la objeción que resuena en todas las sentencias, y que Troplong ha reproducido (1). La servidumbre no se concebe cuando se funda en *res nullius*. Precisemos desde luego la dificultad, porque mientras estemos en la vaguedad, no sabremos sobre qué discutimos. La servidumbre es un desmembramiento de la propiedad; implica que la cosa que es su objeto es susceptible de propiedad; es así, que la *res nullius* se escapa á toda apropiación, luego no es susceptible de servidumbre. Más de una respuesta hay que dar á la objeción. Nosotros hemos insistido mucho en la servidumbre que grava el predio en donde nace un manantial (art. 641). ¿Cuál es su objeto? Como toda servidumbre, es una restricción en la propiedad; es decir, que el propietario del predio en donde nace el manantial pierde, por el establecimiento de la servidumbre, un derecho que tiene como propietario del fundo para usar á su antojo las aguas, como puede usar á su antojo todo lo que le pertenece de plena propiedad. Pues bien, las cosas pasan absolutamente lo mismo cuando se trata de aguas pluviales. Esto es claro, cuando las aguas pluviales caen en un predio privado y cuando la prescripción se adquiere contra el propietario de dicho fundo; en este caso, hay identidad absoluta. El dueño del predio superior tiene, como propietario, el derecho de usar á su antojo de las aguas pluviales que acceden á su predio; pierde este derecho, su predio cae en servidumbre cuando el propietario inferior ha prescrito contra él. ¿Se dirá que él prescribe una "*res nullius?*" Esto carece de sentido; él prescribe contra el derecho absoluto de propiedad del propietario superior,

1 La doctrina y la jurisprudencia están citadas en la nota de Mourlon de que acabamos de hablar. Compárese, Dalloz, *Servidumbre*, números 345 y 352.

y ¿acaso el derecho ilimitado que pertenece al dueño del predio es una "res nullius?"

Supongamos ahora que se trate de aguas pluviales caídas en la vía pública. El ribereño superior las ha derivado para su predio. ¿Puede el ribereño inferior prescribir contra él? es decir, ¿puede por medio de la prescripción limitar el derecho que tiene el ribereño superior de usar las aguas que él ha derivado de la vía pública? Esta hipótesis se confunde realmente con la que acabamos de examinar. En efecto, desde el momento en que las aguas pluviales entran al predio superior, se vuelven objeto de una propiedad absoluta, tanto como las que caen directamente sobre su fundo. Luego su derecho de propiedad puede estar restringido por la prescripción. Se objeta que hay una diferencia; las aguas pluviales que caen sobre un predio privado se vuelven directa é inmediatamente propiedad del dueño de dicho predio, mientras que el ribereño de la vía pública ningún derecho directo tiene en las aguas que se hallan en la vía; él no adquiere derecho en esas aguas sino por una concesión tácita de la administración, según opinamos nosotros y por ocupación de una *res nullius*, según la opinión general.

¿Pero qué importa? No se trata de saber cómo, á qué título, el ribereño adquiere las aguas pluviales. ¿Es acaso dueño de ellas cuando las ha derivado hacia su fundo? ¿Puede disponer de ellas á título de propietario? Si se contesta que sí, la cuestión queda resuelta, porque se vuelve á los principios que acabamos de exponer. Ahora bien, es imposible negarlo, las aguas pluviales acceden al suelo y pertenecen al dueño del suelo. ¿Puede decirse que son del primero que las ocupa, cuando el que las ocupa es el propietario del fundo? Cierto es, y en esto está el nudo de la dificultad, que el ribereño superior no tiene, como propietario del predio, el derecho de derivar las aguas que cu-

bren la vía pública; no tiene tal derecho sino en virtud de un permiso tácito del propietario de la vía, y esta autorización se le puede retirar. De esto resulta que él no tiene un derecho en el derrame de las aguas, y por consiguiente, él no adquiere la propiedad de las aguas sino por todo el tiempo que la administración le permita derivarlas. ¿Se puede asentar una servidumbre en una base tan frágil? Nosotros contestamos que sí, sin vacilar. ¿Cuál es el objeto de la servidumbre? ¿Por ventura el propietario del predio superior se obliga á transmitir siempre las aguas pluviales al ribereño inferior? Nô, la servidumbre consiste únicamente en esto: el ribereño superior impone á su predio la carga de que los poseedores de dicho predio no podrán usar á su antojo de las aguas pluviales que bajan á la vía pública. Esta restricción aprovechará al ribereño inferior por todo el tiempo que las aguas pluviales corran por el predio superior, luego hay servidumbre, sólo que no es perpetua. Pero la servidumbre idéntica, concerniente á las aguas de un manantial, tampoco es perpetua, porque la naturaleza puede retirar sus dones como la administración puede revocar su concesión.

Hay una última hipótesis que es la más dudosa. El ribereño inferior deriva directamente las aguas de la vía pública; este solo hecho, no le da ningún derecho contra el ribereño superior. Esto es claro. ¿Pero no puede adquirir un derecho contra él? Puede hacerlo por convenio; el ribereño superior puede renunciar al derecho que tiene de derivar las aguas pluviales hacia su fundo en favor del ribereño inferior; de esta renuncia, resultará una servidumbre, en el sentido de que el propietario ya no podrá usar de un derecho que le pertenecía en calidad de ribereño. Un derecho que se adquiere por título puede también adquirirse por prescripción, dejándose entender

que la servidumbre deberá ser continua y aparente, si se trata de prescribir una servidumbre. ¿Y acaso en el caso presente la servidumbre es continua y aparente? Suponemos que hay obras aparentes, como se hacen para conducir el agua. ¿Será ésta una servidumbre de conducción de agua á cargo de los predios superiores? Hay muchas dificultades en esta cuestión. Para que haya prescripción se necesita que el que la invoca haya manifestado durante treinta años la voluntad de limitar en su aprovechamiento el derecho del propietario. Cuando se trata de manantiales, la prescripción no comienza á contarse sino desde el momento en que el propietario del predio inferior ha hecho y terminado ciertas obras aparentes destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua á su propiedad. ¿Se puede, por analogía, aplicar esta disposición á las aguas? y ¿de qué manera se hará esta aplicación? En el caso del art. 642; el ribereño inferior prescribe contra el propietario de las aguas pluviales; éstas no tienen propietario si se acepta que son "res nullius;" y entonces ¿cómo aplicar el art. 642? Si se admite que las aguas pluviales están en el dominio de aquél á quien pertenece la vía pública, tampoco se concibe la aplicación del art. 642, porque no se prescribe contra el dominio público, y no se prescribe en virtud de una posesión que es de tolerancia, en el sentido de que la administración puede á toda hora hacerla cesar. En realidad, se trata de prescribir, no contra el Estado, la provincia ó la comuna, si no contra el ribereño superior, el cual, como lo suponemos, no ha derivado las aguas, y antes que haberlas derivado, no tiene en ellas ni posesión ni propiedad, sino únicamente el derecho de derivarlas, y este derecho es el que pretende adquirir por prescripción el ribereño inferior. Esto equivale á decir que el art. 642 es inaplicable. En vano el ribereño inferior haría obras aparentes desti-

nadas á conducir el agua á su fundo; éstas obras sólo una cosa manifiestan, la voluntad de utilizar las aguas, pero no manifiestan que el que las llevó á cabo quiere privar al ribereño superior del derecho que éste tiene de utilizarlas con el mismo título que los ribereños inferiores. Luego estas obras por sí solas no pueden fundar prescripción. ¿Quiere decir esto que el derecho del ribereño superior es imprescriptible? Nô, sino que la prescripción no podría cumplirse sino por actos de posesión que hagan conocer al ribereño superior la voluntad que tiene el inferior de prescribir contra él. Lo que supone obras construidas en el predio superior contra cuyo propietario se quiere prescribir (1).

239. Así es que las condiciones de la prescripción difieren según que se trate de aguas caídas en un fundo privado, ó de aguas caídas en la vía pública. En el primer caso, se permanece bajo el imperio de los principios formulados por el art. 642, y hay completa identidad. El propietario superior tiene el derecho absoluto de usar las aguas pluviales que caen en su predio, como tiene derecho á usar á su voluntad de la fuente que en aquél brota; el propietario inferior quiere prescribir contra ese derecho. Supuesto que el derecho para prescribir es el mismo, las condiciones de la prescripción deben ser también las mismas. Así, pues, el art. 642 recibe aplicación, no por analogía, sino por identidad de motivo. Si se trata de aguas pluviales caídas á la vía pública, hay que hacer una nueva distinción. Las que el ribereño superior deriva se vuelven su propiedad, por lo que es posible prescribirlas contra él, con el mismo título y bajo las mismas condiciones que las aguas de manantial. El art. 642 será todavía aplicable. Pero si el ribereño inferior pretende prescribir el derecho

<sup>1</sup> Comparese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 45 y nota 9.

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." Permitese 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 desague 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

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 13 de Marzo de 1867, (Dátilloz, 1867, 1, 270).<sup>1</sup>

<sup>2</sup> Merlin, *Repetorio*, en la palabra *estanque*, n.º 1 y 2.

<sup>3</sup> Demolombe, t. 10, p. 26, n.º 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 incessantes 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 móviles 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 (Dáiloz, 1, 309).

punto extremo de elevación de las aguas en el momento de la crecida ordinaria de invierno (1). Hay alguna duda si se atiene uno al primer inciso del art. 558, el cual parece que exclusivamente se fija en la altura del desague, 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 pertenezcan 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 e 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 desague 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*, n.ºm. 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 no, 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. 2<sup>a</sup>, p. 180, nro 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 negada 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).

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 estámos examinando, admitir á los ribereños á probar que el lecho del estanque estaba transladado 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 preverse 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 encerrado 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 a 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 para 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 locales*.

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

les las disposiciones de las antiguas costumbres? Esto es evidente, dicen algunos. Se cita, además, en apoyo de esta opinión el art. 651, por cuyos términos “la ley somete á los propietarios á diferentes obligaciones del uno para el otro, independientemente de toda convención” (1). Reproducimos esta argumentación como un ejemplo de la confusión y del olvido de todo principio, que reprochamos á ciertos autores. Si hay algo evidente, es que la expresión *reglamentos locales*, en el art. 645, designa los reglamentos emanados de la administración, por oposición á los reglamentos judiciales de los que se trata en esta disposición. ¿Acaso un artículo de nuestras antiguas costumbres es un reglamento administrativo? Un segundo punto, de la misma evidencia, es que el art. 645, continuación del 644, no se aplica más que á las aguas corrientes que son, bajo ciertos conceptos, propiedad de los ribereños. ¿Acaso los estanques son aguas corrientes? ¿Acaso los ribereños tienen la propiedad de aquéllos? En cuanto al art. 651, asienta como principio que hay servidumbres llamadas legales; y ¿puede haberlas sin ley? ¿Por ventura nuestras antiguas costumbres son leyes, cuando han sido completamente abrogadas por la ley de 30 ventoso, año XII? (2).

249. ¿Los ribereños del estanque tienen derecho á servirse de sus aguas? Esto equivale á preguntar si el artículo 644 se aplica á los estanques. La negativa resulta del texto de la ley. Ella habla de las aguas corrientes que orillan ó atraviesan una heredad: ¿necesitamos decir que los estanques no son aguas corrientes? Sea cual fuere la opinión que se adopte acerca de la propiedad de las corrientes de agua no navegables ni flotables, lo cierto es que los ribereños tienen en ellas derechos que no es posible reconocer á los ribereños de los estanques. ¿Quién ha

1 Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 262.

2 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 25 y 26.

pensado alguna vez en dar á los ribereños de un estanque, el derecho de pesca? Los que no admiten que los arroyos sean de la propiedad de los ribereños dicen que á nadie pertenecen ¿Por ventura el estanque sería una cosa común? Y por el contrario, lo que caracteriza al estanque, es que forma parte del dominio del que lo ha formado con aguas que le pertenecen; hacer la toma más pequeña de agua en un estanque, equiveldría á invadir una propiedad privada.

Uno de nuestros buenos autores, después de haber establecido este principio, le impone ciertas derogaciones que son un nuevo ejemplo de la deplorable incertidumbre que reina en la doctrina." Si el estanque, dice Proudhon, está alimentado por aguas de manantial que se reproducen natural y continuamente, ya no habrá razón para distinguirlo de una agua corriente, y con "toda certeza" los vecinos podrán practicar canalizas." ¡Cómo! yo tengo en mi predio un manantial; la ley dice que puedo usarlo á mi voluntad; y yo hago de él un estanque. En seguida vendrán mis vecinos á practicar tomas de agua. ¡Ningún derecho tenían én el manantial, y si lo tendrán en el estanque, qué no es otra cosa que el manantial adecuado á ciertos usos "Que haya ó no manantial, agrega Proudhon, cuando hay abundantes crecidas de agua, los vecinos pueden incontestablemente apoderarse de lo superfluo (1)." Y ¿qué tiene que ver la abundancia de las aguas, cuando éstas son propiedad privada? Proudhon habla como legislador y traduce la equidad en leyes; se olvida de que simplemente es un intérprete.

250. Acabamos de decir que el estanque es una propiedad privada cuando las aguas que lo forman pertenecen

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1422. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 251; Demolombe, t. 11, página 149, núm. 122. Aubry y Rau, t. 3º, p. 46, nota 4.

al dueño del predio en donde se ha abierto el estanque: tal es el caso de los manantiales que brotan en el predio ó de las aguas pluviales que en él caen. Propietario absoluto de las aguas, se vuelve propietario absoluto del estanque; él puede dejar correr las aguas y dejar en seco el estanque; y puede también volver á poner el estanque bajo el agua; éste es cosa suya, y puede hacer con ella lo que se le ocurra. Los ribereños aun cuando de hecho usasen de las aguas del estanque que se ha puesto en seco, ningún derecho tienen en ellas, como tampoco lo tienen los propietarios inferiores en las aguas de un manantial que el propietario superior deja correr hacia sus fondos (1). Y así sería aun cuando el propietario del estanque cediese las aguas á un propietario inferior, y las condujese hasta el predio de éste por el alveo seco de un río; el ribereño de este río desecado no podía servirse de las aguas del estanque, porque éstas no se han vuelto públicas, ni corren por el lodo seco por efecto de una causa natural y permanente, pasan por ahí en virtud de una convención, por un interés privado, y en virtud de un trabajo sin el cual habrían seguido siendo en el estanque; luego son siempre aguas del estanque, transportadas á un predio inferior en provecho del concesionario, que es el único que tiene derecho en ellas. No hay en esto agua corriente, ni por consiguiente, ribereño que pueda reclamar los derechos que el art. 644 otorga á aquellos cuyas heredades orilla ó atraviesa una agua corriente (2).

La corte de casación que así lo ha resuelto hace una reserva: el agua ha seguido siendo una agua privada, dice la sentencia, puesto que á ninguna otra agua se ha mezclado en el cauce desecado. ¿Debe inferirse de esto que si

1 Metz, 28 de Abril de 1824 (Daloz, en la palabra *aguas*, número 263).

2 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 341). Aubry y Rau, t. 3<sup>a</sup>, p. 46, nota 4.

las aguas del estanque se mezclan con otras, los ribereños tendrán el derecho de emplearlas? La afirmativa no es dudosa si las aguas salidas del estanque se echan en un río. Los ribereños tienen un derecho en un río, en virtud del art. 644, y no pueden perderlo porque se hayan mezclado las aguas del estanque. Pero ¿qué debe resolverse si el estanque mismo se forma de aguas que en todo ó en parte son públicas? Si el estanque ha sido formado con el agua del río que atraviesa la heredad en donde está construido no hay duda alguna; el art. 644 es formal, el propietario puede usar del agua, pero con cargo de devolverla á la salida de sus predios, á un curso ordinario (1). ¿Pasará lo mismo si el estanque estuviese formado con las aguas pertenecientes al dueño del fundo y en parte con aguas que provengan de arroyos superiores? Una reciente sentencia de la corte de casación ha resuelto que el estanque es de propiedad privada de aquél en cuyo predio existe, cualquiera que sea la proveniencia de las aguas, aun cuando á ellas se mezclaren aguas de arroyos superiores (2). Esta decisión nos parece demasiado absoluta; se ajusta exclusivamente al 558, y para nada tiene en cuenta el art 644. Sin duda que del art. 558 resulta que el lecho del estanque pertenece al propietario del predio, porque el lecho no es más que el predio. ¿Quiere decir esto que las aguas que sirven para formar el estanque se vuelven también su propiedad exclusiva por el hecho solo de que cubren el estanque? No resuelve esta cuestión el art. 558, sino que lo está por los principios que rigen la propiedad de las aguas. Si las aguas son de lluvia ó de manantial, evidentemente que

1 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1839 (Dalloz, "Acción pocosoria," núm. 393). Aubry y Rau, t. 3º, p. 47, nota 5.

2 Sentencia de casación, de 19 de Abril de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 168).

siguen siendo propiedad privada cuando se emplean en construir un estanque. Pero es de igual evidencia que si una corriente de agua que atraviesa una heredad se transforma en estanque, el propietario de éste no puede retener las aguas sin violar el art. 644. Síguese de aquí que el propietario del estanque no se vuelve propietario absoluto de las aguas que provienen de arroyos superiores y que sirven para llenar el estanque; él puede usar de aquellas aguas, como más adelante lo diremos, pero no puede absorberlas.

251. Lo que acabamos de decir decide la cuestión de saber si el art. 645 es aplicable á las contiendas que surjan entre el propietario del estanque y los ribereños acerca del uso de las aguas. Cuando las aguas que forman el estanque son aguas de manantial ó de lluvia cuya disposición absoluta la tiene el dueño del predio, no puede ser cuestión del art. 645, el cual supone que todos los ribereños tienen derechos iguales en las aguas cuyo uso se disputan. En cambio, si el estanque está formado en todo ó en parte de aguas que provienen de arroyos superiores, los ribereños pueden reclamar el uso de las aguas en virtud del art. 644, y por consiguiente, hay lugar á conciliar los diversos derechos que chocan entre sí; precisamente en este conflicto es cuando el art. 645 concede á los tribunales un poder discrecional.

252. ¿Los propietarios ribereños pueden adquirir un derecho de toma de agua en el estanque? Sí, y sin duda alguna. El propietario del estanque, como lo estamos suponiendo, tiene un derecho absoluto en sus aguas; este derecho puede modificarse, limitarse con servidumbres, como toda propiedad. El propietario puede conceder el uso de las aguas gravando el estanque con una servidumbre en provecho de un ribereño. Lo que puede hacerse por título puede también hacerse por destino del padre de fa-

milia, puesto que se trata de una servidumbre de conducción de agua, la cual es continua y suponemos que es aparente. Por la misma razón, la servidumbre puede establecerse por prescripción. Se aplicarán por analogía los artículos 641 y 642. Hay un caso en el cual la analogía es una identidad, y es cuando el estanque está formado con las aguas del manantial, y entonces es literalmente aplicable el art. 641; hemos visto que también lo es cuando se trata de aguas pluviales (núm. 230). Más adelante diremos que la jurisprudencia aplica estos principios á los canales artificiales que sirven para el movimiento de una fábrica; estas sentencias reciben aplicación á los estanques (1).

253. Las aguas no son siempre benéficas para los vecinos, pues que sucede á veces que las inundaciones devastan los predios ribereños. De aquí la cuestión de saber si el propietario del estanque es responsable del daño que resulta. Reina grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina. La afirmativa no es dudosa. Cuando hay que reprochar la más pequeña falta al propietario del estanque se aplica entonces el art. 1383, por cuyos términos toda persona es responsable del daño que ha causado no solamente por su culpa, sino también por su negligencia ó su imprudencia. Pero vamos á suponer que no hay culpa. A consecuencia de una crecida extraordinaria, las aguas se desbordan del límite en donde se tiene la propiedad del dueño del estanque: ¿será éste responsable? La cuestión debe resolverse conforme á los principios que rigen el derecho de propiedad. De ajustarse al texto del art. 544, ni siquiera habría cuestión. El propietario, dice la ley, tiene el derecho de disfrutar de su cosa de la manera más absoluta. Si se le ocurre construir un estanque en su predio, tiene derecho para hacerlo. Dicho estanque

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 127).

está construido conforme á las reglas del arte; por si mismo ningún daño causa á los vecinos. Pero hé aquí que sobreviene una crecida accidental que inunda y devasta los fundos ribereños. El propietario puede decir: yo he usado de mi derecho al establecer un estanque en mi fundo, y con ello no he lesionado ningún derecho de mis vecinos, luego yo no soy responsable del daño que las aguas les causen; este daño no proviene de hechos míos, es un acontecimiento fortuito y de fuerza mayor. Tal es nuestra opinión, que no es más que la aplicación de los principios que hemos establecido en el título de la "Propiedad" (1).

Hay opiniones diversas. Chardon enseña que el propietario del estanque es siempre responsable. En vano, dice él, se invoca en su favor el caso fortuito; la causa primera que ha dado lugar á la inundación es el establecimiento del estanque; sin este depósito artificial, las aguas no habrían producido el daño que han causado. Por consiguiente, ese daño le es imputable: ¿por qué no elevó su compuerta de modo que jamás perjudicase á los propietarios vecinos? (2). Esta doctrina, de un rigor extremo, está en oposición con los principios que acabamos de recordar. El propietario ha usado de su derecho construyendo un estanque, y ¿con esto ha vulnerado el derecho de su vecino? Si lo ha vulnerado, es responsable; si no, no lo es. Y ¿en qué se ha lesionado el derecho de los vecinos? ¿no siguen siendo libres para disfrutar y disponer de su propiedad? Es verdad que están expuestos á un daño eventual al que no estarían sujetos si no hubiese estanque en el vecindario. Pero tal es el efecto necesario de la coexistencia de los hombres en el estado de sociedad. El riesgo existe por el hecho solo de la construcción de una casa; aumenta cuando en lugar de una casa se construye

1 Véase el tomo 6º de esta obra núms. 136 y siguientes.

2 Chardon, "Tratado del aluvión," etc., t. 4º, núm. 22.

una fábrica, ó cuando en las cercanías se establece un almacén de materias inflamables. Si las consecuencias eventuales de la vida social diesen lugar á una acción de daños y perjuicios, los litigios serían innumerables é interminables (1).

Demolombe propone una distinción, él no concede acción de daños y perjuicios por las inundaciones extraordinarias, pero declara al propietario responsable por las crecidas ordinarias y periódicas (2). ¿No se halla esta opinión en contradicción con la presunción que el art. 558 establece en favor del propietario del estanque? Conforme á la interpretación de la corte de casación; se presume legalmente que éste tiene la propiedad de los terrenos que cubren las crecidas ordinarias y periódicas de la estación de invierno; luego éstas crecidas se extienden sobre los terrenos pertenecientes á los vecinos; por lo tanto, no puede tratarse de daños y perjuicios con motivo de tales inundaciones.

*Núm. 4. De las aguas corrientes.*

*I. Propiedad de las aguas corrientes.*

*a) Ríos navegables.*

254. En otro lugar hemos dicho que el código civil considera á los ríos navegables ó flotables como una dependencia del dominio público (3) (art. 538). Inférrese de aquí que los ribereños no tienen ningún derecho en ellas, porque destinadas como lo están, al uso de todos, esas corrientes de agua no son susceptibles de una propiedad privada. Tales son los términos del art. 538. Este principio ha sido establecido por la ley de 28 de Septiembre de 1791,

1 Daviel, "De las corrientes de agua," t. 3º, núm. 819.

2 Demolombe, t. 10, p. 31, núms. 36-42.

3 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 8 y siguientes.

vulgarmente conocida con el nombre de código rural, pero el legislador derivaba de ella otra consecuencia. "Ninguno, dice éste, (tít. I, sec. I, art. 4), puede pretender ser propietario de un río navegable ó flotable. En consecuencia, todo propietario ribereño puede, en virtud del derecho común, tomar agua, sin que, no obstante, se desvíe ó embaraice la corriente de una manera perjudicial al bien general y á la navegación establecida." Esta disposición se amplió en el sentido de que los ribereños podrán, sin ninguna autorización, practicar tomas de agua en las vías navegables. De aquí se originaban los abusos más graves. Se lee en el acuerdo de 9 ventoso, año VI, formado por el Directorio ejecutivo: "los ríos navegables y flotables están en la mayor parte de los departamentos de la república, obstruidos por pesqueras, esclusas, compuertas, etc. De aquí resultan no sólo la inundación de los terrenos ribereños y la interrupción de la navegación, sino hasta el atascadero de los ríos y canales navegables, cuyo fondo, cubierto de arenas y de fango, se eleva en una proporción que causa espanto. Una tolerancia de este abuso prolongado por más tiempo haría desaparecer en breve la navegación de la república, que, cuando haya recibido todo su desarrollo con las obras de arte, debe llevar la industria y la agricultura de la Francia á un punto que nación ninguna podrá alcanzar."

El Directorio recordó las ordenanzas antiguas y las leyes dadas desde la Revolución, las que exigen toda la intervención de la administración para autorizar las tomas de agua en un río navegable. Este principio está implícitamente consagrado por el art. 644 del código civil, el cual no da derecho á los ribereños sino á las aguas corrientes "que no sean las que se declaran dependencias del dominio público por el art. 538." Lo que equivale á decir que en principio los ribereños de los ríos navegables nin-

gún derecho tienen sobre estas aguas. Sin embargo, el código no da á entender que prescribe todo uso de las vías navegables en interés de los ribereños; por más que aquéllas estén esencialmente destinadas á la navegación; como este servicio sólo exige cierto volumen de agua, el excedente, si es que lo hay, pueden utilizarlo los ribereños, sea para el regadío de las tierras, sea para el movimiento de las fábricas: la agricultura y la industria son también intereses generales, que deben conciliarse con las necesidades de la navegación; así es que sería absurdo sacrificar uno de estos intereses por el otro, supuesto que las vías navegables, lo mismo que todas las de comunicación, no son más que un instrumento para el desemvolvimiento de la agricultura, de la industria y el comercio.

255. No siendo los ríos navegables susceptibles de apropiación, las concesiones que la administración hace á los ribereños no pueden transmitir á éstos un derecho de propiedad en las aguas: toda concesión queda subordinada al interés general, del cual es guardián el gobierno. Sigue de aquí que las concesiones otorgadas á los ribereños son siempre revocables; y si se revocan, el Estado no debe ninguna indemnización á los ribereños, porque no los despoja de ningún derecho. La corte de casación de Bélgica ha deducido de aquí la consecuencia de que los ribereños no tienen acción posesoria contra el Estado. En efecto, las acciones posesorias no pueden formularse sino por los que poseen á título que no sea precario (código de procedimientos, art. 23), y la posesión de los ribereños de una corriente de agua navegable es precaria en el sentido de que la concesión en cuya virtud disfrutan del agua puede retirárseles á cualquier hora. Otra consecuencia del mismo principio es que los ribereños no pueden quejarse de verse perturbados en su posesión, cuando el gobierno emprende trabajos en los ríos navegables, con un fin de uti-

lidad pública; el gobierno está en su derecho y cumple con su deber, y no se le puede objetar que al causar un perjuicio á los ribereños, lesione sus derechos, porque ninguno tienen que oponer al Estado de quién tienen el goce precario (1).

En el negocio sometido á la corte de casación, el ministerio público había planteado conclusiones contrarias. Le parecía que las concesiones hechas á los ribereños les conferían un derecho real, derecho que no podía arrebatarles sino mediante una justa y previa indemnización, supuesto que venía resultando una expropiación por causa de utilidad pública. Esto es equivalente á desconocer la naturaleza de las concesiones y los derechos que el Estado tiene como guardián del dominio público. Los ríos navegables no están en el comercio, el gobierno no puede enajenarlos, luego no puede gravarlos con un derecho real, porque el derecho real es un desmembramiento de la propiedad; luego la concesión de un derecho real es una enagenación parcial, y el Estado no tiene derecho á enagenar las aguas navegables ni parcial ni totalmente. Supuesto que los ribereños no tienen derecho real en los ríos navegables, no puede decirse que el Estado los expropiea, cuando les quita un goce que les había otorgado con la reserva de modificar sus concesiones y hasta de revocarlas, si la utilidad pública lo exigía.

256. El gobierno tiene el derecho y el deber de mejorar el curso de los ríos navegables con un objeto de utilidad general (2). Al establecer un dique, suprime ó disminuye el beneficio de la irrigación natural que las aguas procuraban á los fundos ribereños, y con esto les causa un daño: ¿está obligado á repararlo? La corte de Bruselas re-

1. Sentencia de casación, de 14 de Noviembre de 1844 (*Pasierisia*, 1846, 1, 408).

2. Leyes de los días 12-20 de Agosto de 1790, cap. 6º; leyes de 26 de Septiembre, 6 de Octubre de 1791, tit. 2º, art. 16.

solvió la cuestión en favor de los ribereños del Escaut. La corte vió en la diminución del valor de las propiedades ribereñas, consecuencia inmediata de los trabajos que impiden la irrigación, una verdadera expropiación que es tan perjudicial como si el Estado los hubiera materialmente privado de una parte de su cosa. Esta decisión fué casada á conclusiones conformes del procurador general. Este dió al traste con las sutilezas en las cuales la corte había fundado su doctrina. En el caso en cuestión, no había concesión otorgada á los ribereños por el gobierno; luego el Estado se hallaba en completa libertad de obrar. ¿Qué se le oponía? El goce inmemorial que las inundaciones del río procuraban á los ribereños. Aun suponiendo que éste fuese un privilegio de la naturaleza, confirmado por el silencio de la administración, esta concesión tácita no daba á los ribereños un derecho que una concesión expresa no podría conferirles. ¿Pero cómo ver un derecho allí en donde no hay más que una simple tolerancia de la administración? En cuanto al beneficio de la naturaleza; la ley no lo reconoce á título de derecho, puesto que al colocar á los ríos navegables en el dominio público, niega á los ribereños todo derecho de emplear las aguas. ¿Y en dónde no existe un derecho, puede tratarse de expropiación? (1).

La verdadera dificultad era ésta: ¿el Estado puede, al administrar el dominio público, causar un daño á los particulares, sin que esté obligado á repararlo? Lo que acabamos de decir prejuzga la respuesta. El que tiene derecho para hacer lo que hace, no es responsable de las con-

1 Bruselas, 30 de Mayo de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 366. Sentencia de casación, de 7 de Noviembre de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 94). Véanse las conclusiones del procurador general Faidher (*ibid.*, p. 98. Hay sentencias de la corte de Lieja, de 15 de Agosto de 1850 y de 10 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 79, y 1852, 2, 228), que podrían invocarse en favor de la opinión contraria.

secuencias de sus actos, á menos que lesione un derecho de aquél que se queja del daño que experimenta. Tal es el principio. La aplicación del principio no sufre ninguna dificultad en el caso que se está discutiendo. El gobierno tenía más que un derecho, un deber de mejorar la corriente del Escaut; causó con ello un daño á los ribereños, deteniendo las inundaciones que fertilizaban sus tierras. ¿Ha vulnerado un derecho que á otro pertenezca? Nó; esto es decisivo. Por lo mismo, no podía tratarse de expropiación. Es un abuso de palabras el hablar de expropiación cuando la propiedad permanece íntegra, por más que disminuya de valor. Esta es una cuestión de perjuicio, pero no de expropiación.

257. Estos principios se aplican también al dominio público de la provincia y de la comuna. De ello encontramos un ejemplo notable en una sentencia de la corte de Dijon. Un manantial brota al pie de un collado en una propiedad privada. Las aguas son recibidas en un acueducto y alimentan una pieza de agua destinada á abreviar á los animales y á lavar la ropa de los habitantes. Antes del año de 1842, las aguas corrían por el lecho que se habían abierto en la calle. Uno de los ribereños las desvió para su predio. ¿Formaban un arroyo en el sentido del art. 644, ó formaban parte del dominio público de la comuna? La corte resolvió que las aguas pertenecían á la comuna, y que si ésta no había prescrito su uso, tenía el derecho de obtenerlo en virtud del art. 643 del código civil. De aquí concluye la sentencia que siendo las aguas necesarias á la comuna, debían ponerse en la categoría de las cosas imprescriptibles é inalienables enumeradas en el art. 558. De donde la forzosa consecuencia que no podrían ser objeto sino de concesiones temporales y revocables, en tanto que corriesen por el suelo perteneciente á la comuna. El alcalde municipal había autorizado en 1842 á un

ribereño para desviar las aguas; más tarde otro alcalde revocó la concesión. Así, pues, al ribereño no le quedaba más que el derecho común del art. 644; y no podía invocarlo, en primer lugar, porque su propiedad no era contigua al río, y en segundo lugar, porque el río estaba fuera del comercio, como parte del dominio público de la comuna (1).

Hay en esta sentencia una mezcla de errores y de verdades. No es exacto decir que el art. 643 dé á los municipios la propiedad de las aguas que son necesarias á los habitantes; éstos no tienen más que el derecho de servirse de ellas para sus necesidades, y por consiguiente, dentro del límite de sus necesidades, es una simple servidumbre que grava al predio en donde nace el manantial. Cuando el manantial se vuelve agua corriente, está regido por el art. 644, por cuyos términos los ribereños pueden servirse de las aguas. Si el arroyo corre por la vía pública ¿se volverá por esto parte del dominio público, é imprescriptible por este título? Sin duda que mientras corre el arroyo en un lecho que se ha abierto en la vía pública, está á disposición de la comuna, en el sentido de que ésta puede emplearlo; pero se puede decir que las aguas participan del carácter de imprescriptibilidad de la calle por donde corren? Esto, por lo menos, es dudoso. No se puede prescribir la vía pública contra la comuna que tiene la gestión de esta parte del dominio público; pero las aguas no son una vía pública, no sirven para el uso de todos, sólo sirven á los ribereños. Si los propietarios no son ribereños, como en el caso juzgado por la corte de Dijon, no pueden invocar el art. 644, como deja entenderse. Pero si son ribereños, creemos que pueden servirse del agua, en virtud del art. 644 y observando los reglamentos sobre

1 Dijon, 23 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 216):

vías públicas. La circunstancia de que las aguas corran por una vía pública no las hace entrar al dominio público, si por su naturaleza son enagenables y prescriptibles. Más adelante veremos si tal es la condición de las corrientes de agua no navegables.

*b) De las corrientes de agua artificiales.*

258. Existen corrientes de agua artificiales que pertenecen al dominio público, y son los canales de navegación. En otro lugar hemos hablado de ellos, así como de los canales construidos por vía de concesión (1). Existen otros que son propiedades privadas, y son los canales que sirven para elevar las aguas necesarias al movimiento de las fábricas, ó para desaguar éstas. Estos canales son una dependencia de la fábrica á cuyo servicio se destinan; dependencia de tal modo necesaria, que de ella se infiere una presunción de propiedad en favor de la fábrica. Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de la *Propiedad* (2). Aquí suponemos que es patente la propiedad; necesitamos ver qué consecuencias resultan de esa suposición.

259. Siendo estos canales propiedad privada, hay que aplicarles los principios que rigen la propiedad privada. Esto equivale á decir que el artículo 644 no es aplicable; así, pues, el propietario de la fábrica no está obligado á devolver las aguas, á la salida de sus fundos, á los propietarios inferiores; el art. 644, que impone esta obligación á aquél cuya heredad es atravesada por una agua corriente, supone que el agua tiene un curso natural, lo que excluye las aguas de un canal de escape. La corte de cassación ha resuelto, en consecuencia, que los propietarios inferiores ningún derecho tenían en aquellas aguas; esto parece tan evidente que no se concibe cómo es que la cues-

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núm. 14.

2 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 186 y siguientes.

tión se llevó ante la corte de casación. Prevalíanse, en el caso que estamos tratando, de que el propietario de la fábrica había derivado las aguas del canal de agua arriba y del canal de escape de una corriente de agua no navegable; estas aguas, decíase, conservaban su carácter de aguas corrientes, por más que corriesen por un canal hecho por manos del hombre; luego estaban sometidas á la disposición del art. 644. Sin duda que si un propietario ribereño, en virtud del derecho que le da el art. 644, usa del agua que atraviesa su fundo, mediante un canal de derivación, debe devolverla al río, á la salida de sus fundos, y por consiguiente, los ribereños inferiores podrían reclamar, si el propietario del canal no devolviese las aguas á su curso natural. Pero tal no era el caso; tratábase de un propietario agua abajo del canal de escape que reivindicaba el uso de sus aguas, sin ser ribereño del río en el cual estaba establecida la toma. Por lo tanto, ya no se estaba dentro de los términos del art. 644, sino que se entraba al imperio de los principios generales que rigen la propiedad (1).

En otro caso, fallado por la corte de casación, el propietario de la fábrica que había derivado las aguas de un río por medio de un canal artificial, y que era ribereño del canal á la vez que del río, había establecido en aquel canal una toma de agua para la irrigación de sus propiedades. Los ribereños inferiores, igualmente propietarios de fábricas alimentadas por el río, se quejaron de aquellos trabajos y pidieron su destrucción. La corte resolvió que, siendo el propietario superior ribereño de la corriente de agua que alimentaba el canal, podía, según los términos del art. 644, servirse de las aguas del canal para la irriga-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 411).

rriente de agua artificial corresponde establecer el fundamento de sus derechos (1).

261. Como los ribereños de una corriente artificial no tienen ningún derecho en las aguas, mientras que los ribereños de un río tienen los derechos determinados por el art. 644, es muy importante saber si una corriente de agua es natural ó artificial. Generalmente los canales son unas derivaciones hechas por obra del hombre, de suerte que están en presencia de un canal artificial y una corriente de agua natural por la cual aquél se alimenta; en este caso, la cuestión ni siquiera puede ofrecerse. ¿Pero qué es lo que se debe resolver si no hay más que una sola corriente de agua, la cual, en una parte de su curso tiene un lecho artificial? Un ribereño deriva las aguas de un río y les cava un nuevo cauce, á fin de que las aguas sirvan para la alimentación de dos fábricas construidas á orillas del canal. Más tarde los dos molinos se separan y surge una contienda entre los propietarios sobre el uso de las aguas del canal. Uno de ellos sostiene que se trata de un canal artificial, del cual tiene la propiedad exclusiva; el otro pretende que se trata de una corriente de agua natural. La corte de Orleans ha fallado que cuando el canal no hace que reemplazar el antiguo lecho de un río, desviado de su curso natural, constituye una agua corriente, en el sentido del art. 644; que en consecuencia, el propietario inferior no puede pretender un derecho exclusivo en las aguas é impedir que los ribereños superiores se sirvan de ellas para la irrigación de sus propiedades; que él no tiene más que el derecho de pedir una reglamentación del agua conforme á la disposición del art. 644 (2). La sentencia no invoca otro motivo que los hechos, no teniendo el río más

1 Sentencia de casación, de 17 de Marzo de 1840 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 362).

2 Orleans, 13 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 353).

que un solo lecho debe considerarse en todo su curso como una corriente natural, y como tal regido por el artículo 644.

Hay una sentencia en sentido contrario de la corte de casación. Un propietario ribereño cambia el curso de un río para darle movimiento á una fábrica; el nuevo lecho no era artificial más que en parte; en un punto intermedio se había conservado el antiguo lecho, así pues, en este punto la corriente de agua era natural, supuesto que pasaba por un cauce que no había sido hecho por la mano del hombre. El propietario de la fábrica disputó al ribereño, en ese punto intermedio, el derecho de servirse del agua, pretendiendo que á causa de los trabajos de derivación, el agua ya no era un río, que se había vuelto un canal. Estas pretensiones fueron desechadas por la corte de Dijon, y su decisión fué mantenida en casación (1). Resulta de la sentencia que una sola y misma corriente de agua puede ser en una parte de su curso una agua natural regida por el art. 644, y en otra parte, una agua artificial de la que sólo el propietario dispone. Esta decisión nos parece más jurídica que la de la corte de Orleans. Una corriente de agua puede estar sometida á diferentes reglas en sus diversas partes. Así, un río no es navegable sino en una parte de su curso; en tanto que no es navegable, los ribereños tienen en él los derechos determinados por el art. 644, y dejan de tener estos derechos á contar desde el punto en que el río se vuelve navegable. Un río canalizado entra al dominio público, pero únicamente por la parte que está canalizado; allí en donde es navegable, pertenece á los ribereños dentro de los términos que establece el art. 640. Del mismo modo un río puede ser propie-

1 Dijon, 10 de Agosto de 1831, y sentencia de denegada apelación, de la Cámara civil; de 7 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra aguas, número 365).

dad privada en la parte de su curso en que tiene un lecho artificial; siendo el lecho artificial del ribereño, el agua también debe pertenecerle; pero ésta se torna propiedad de los ribereños ó propiedad común, como se quiera, en donde corre por su lecho natural.

262. ¿Los ribereños de un canal artificial pueden adquirir en él derechos por título? Supuesto que estos canales son una propiedad privada, pueden estar gravados con una servidumbre por título, tanto como las aguas de manantial y de lluvia. Y la servidumbre puede también establecerse por destino del padre de familia, si es continua y aparente, como lo es una servidumbre de conducción de agua. Estos principios son incontestables, y están aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Se ha fallado que el propietario de una fábrica puede conceder una toma de agua en el canal del molino; esta servidumbre está regida por los principios generales á las servidumbres; de modo que si se ha concedido para una afectación especial, por ejemplo, para alimentar un vivero, no puede extenderse á otro fundo para la irrigación (1).

263. ¿Tienen los ribereños precisión de una concesión para satisfacer las necesidades llamadas naturales, tales como el lavado, la toma de agua, el abrevadero? Sorprende mucho leer en una sentencia de la corte de casación que el derecho de propiedad del dueño de la fábrica no llega hasta prohibir la facultad de satisfacer las necesidades naturales del hombre. ¿No es exclusivo el derecho de propiedad? ¿No puede el propietario prohibir á toda persona un uso cualquiera de su cosa? ¿Con qué derecho la corte de casación restringe este poder absoluto? Estas restricciones serán servidumbres; y ¿se pueden imponer

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, I, 336). Compárese, sentencia de 25 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, I, 483), y De molombe, t. 11, p. 166, núm. 137.

servidumbres á un predio á nombre de las necesidades naturales del hombre? ¿Qué importa, como lo comprueba la sentencia, que el ejercicio de esas facultades no cause ningún perjuicio á la fábrica? (1). Esta es una cuestión de propiedad y no de perjuicio.

264. ¿Pueden los ribereños adquirir un derecho en las aguas por prescripción? Hay que aplicar por analogía á los ribereños de un canal lo que el art. 641 dice de los ribereños inferiores de una agua de manantial. Hay identidad de razón. Déjase entender que la servidumbre debe ser continua y aparente. La corte de casación ha resuelto que un derecho de toma de agua podía adquirirse por prescripción en un canal artificial que conduce á un molino las aguas destinadas á darle movimiento. En la sentencia de la corte de París constaba que la toma de agua se hacia mediante una compuerta establecida hacia más de treinta años; que esta compuerta había sido construida sobre el canal, por medio de trabajos aparentes destinados á facilitar la caída y la corriente del agua en la propiedad ribereña; que la posesión reunía todos los caracteres exigidos por la ley (2). La cuestión no presenta la menor duda, salvo el punto de saber en qué fundo deben practicarse los trabajos. Nosotros ya hemos examinado la dificultad (núm. 203). Déjase entender que si se tratara de una servidumbre discontinua, no podría adquirirse por la prescripción: tal sería el derecho de lavar en un canal; este derecho no puede establecerse sino por título (3).

¿Se aplican estos principios al canal de escape tanto como al canal de agua arriba? La corte de Grenoble ha he-

1 Sentencia de denegada apelación, de 13 de Junio de 1827 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 241).

2 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, I, 127).

3 Fallo del tribunal de Burdeos, de 22 de Julio de 1861 (Dalloz, 1863, 3, 44).

cho una distinción. En la corriente de entrada, dice ella, ningún ribereño puede desviar las aguas del saetín, si no es en virtud de un título ó de la prescripción; pero en la corriente de salida y en las partes en que el juego de la fábrica no tiene que sufrir con los riegos practicados por los ribereños, la *presunción* es que ese derecho se les deje en compensación del daño causado por el establecimiento del canal. De esto infiere la sentencia que no corresponde á los ribereños justificar el título ó la prescripción, para usar de la facultad de regar sus fundos; tienen á su favor la *presunción*, que los dispensa de toda prueba. Tócale, por el contrario, al propietario de la fábrica rendir la prueba de su derecho, si quiere retener la posesión de las aguas inferiores (1). Hé aquí una de esas opiniones que hallan favor en el ánimo de los magistrados, porque tienen ellas cierta apariencia de equidad; olvidan estos magistrados que son los ministros de la ley. ¿Qué contestaría la corte de Grenoble si se le preguntara en dónde ha encontrado esa pretendida *presunción* en favor de los ribereños? Ciertamente que no es en la ley. ¿Y puede haber una presunción legal sin ley? Primera herejía jurídica. Resultaría de esta presunción una servidumbre á cargo del canal de escape, lo que conduce á la consecuencia, admitida por la corte, de que al propietario corresponde establecer la liberación. ¡Así es que en ausencia de un texto que crea una servidumbre, se obliga al propietario á probar que su fundo es libre!

265. Se presenta todavía otra dificultad en la aplicación de los principios que acabamos de establecer. Se pregunta si el propietario de la fábrica puede ceder á terceros no ribereños tomas de agua en el canal del molino, para la irrigación de sus propiedades no ribereñas. La corte de Nîmes ha resuelto la cuestión afirmativamente, pero la

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 2, 162).

sentencia agrega que incumbe al tribunal verificar si el volumen de agua es suficiente para que la concesión pueda ejercerse, aun en la estación seca, sin perjudicar los derechos de los demás ribereños cuyas tierras atraviesa el canal (1). Esta reserva se haya en contradicción con la disposición de la sentencia que reconoce al propietario de la fábrica un derecho *exclusivo* á las aguas; si él tiene la propiedad exclusiva de éstas, los ribereños carecen de derecho, y por lo tanto, los tribunales no tienen el poder de conciliación que les da el art. 645 cuando se trata de una agua corriente. ¿Pero es cierto, como lo expresa la corte, que el propietario de la fábrica sea necesariamente propietario de las aguas del canal? Puede suceder que él no tenga en estas aguas más que un derecho de servidumbre, y en este caso ciertamente que no tiene el derecho de disponer de ellas, ni en provecho de un ribereño ni en provecho de uno que no sea ribereño. Aun cuando él tenga la propiedad de las aguas, puede ser que no tenga la propiedad exclusiva; si él las ha derivado de una corriente natural, está obligado á devolverlas al río del cual las ha tomado, en este caso, no puede concederlas á uno que no sea ribereño con perjuicio de los propietarios que son ribereños de la corriente. Así pues, el derecho de casación no se concebiría sino cuando el dueño del canal tuviese la propiedad absoluta de las aguas, sin que ningún propietario inferior pudiera reclamar derechos. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho de las aguas de manantial (núms. 190 y siguientes) y de las aguas de lluvia (número 230).

266. Hay canales artificiales que la jurisprudencia considera como corrientes naturales, en el sentido del artículo 644. Estos son los canales establecidos antes de 89 por los propietarios de un molino, no con esta calidad, sino

1 Nimes, 6 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1854, 2, 209).

con la de señores jurisdiccionales; los ribereños tenían la policía de las aguas no navegables, y esto era un resto de su antigua soberanía; procediendo como soberanos, se les tenía por haber establecido el canal, no por interés de sus molinos, sino por interés de todos los ribereños. Síguese de aquí que los canales no se volvían una propiedad privada, y por consiguiente, los ribereños podían ejercer en ellos los derechos que el art. 644 ha consagrado, y naturalmente pueden todavía ejercerlos bajo el imperio del código civil (1). Esto sería admisible cuando se probase que el canal fué construido por un señor en calidad de tal, pero era á la vez señor jurisdiccional y propietario de una fábrica, ¿de qué modo saber en qué calidad había obrado? Las cortes deciden la cuestión de hecho; pero para decidir se necesitan pruebas, y ninguna se alega. Nosotros creemos que hay lugar á aplicar los principios generales que rigen las pruebas. A los que pretenden que un canal artificial es una corriente pública, es, pues, á quienes corresponde probarlo.

267 La prueba puede ser difícil, y hasta imposible. ¿Se puéde, en este caso recurrir á presunciones de hecho? He aquí el caso que se le presentó á la corte de casación. Un canal artificial sirve para la explotación de una fábrica; pero antes de llegar á la fábrica, recorre una extensión de dos kilómetros, y en esta larga distancia todos los ribereños lo utilizan; además, se ha comprobado que el canal está formado de la reunión de diversos arroyos cuya dirección natural ha sido modificada por antiquísimos trabajos. ¿Es ese un canal ó es una agua corriente? La corte de casación resolvió que, de las circunstancias comprobadas de esa manera, la corte de apelación había podido sacar la consecuencia *legal* de que las aguas conservaban en todo

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 31 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 238); Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

su curso, á pesar de los trabajos hechos por manos del hombre para contenerlas en un lecho regular, el carácter de aguas corrientes en el sentido del art. 644; de donde la consecuencia de que los propietarios cuyas heredades atravesaban no podían servirse de ellas sino con la condición de devolverlas á su curso ordinario. La corte entra aquí en un orden de ideas que ya combatimos en el título de la *Propiedad* (1).

La jurisprudencia admite que los canales hechos por mano del hombre, para que sirvan á la alimentación de un molino, se *presumen* hechos por el propietario del molino y que le pertenecen; pero esta *presunción* no se admite sino cuando los trabajos se han emprendido exclusivamente por su interés. La presunción deja de ser aplicable, dice la corte de casación, cuando los trabajos existen en una corriente de agua de una extensión considerable, y cuando son útiles para varias fábricas y para las necesidades de los habitantes. En tales circunstancias, concluye la sentencia, el canal ó lecho de la corriente de agua no es otra cosa que el agua misma, y la fábrica que, en último análisis, recibe sus aguas, no hace uso de ellas sino con el mismo título que los otros ribereños (2). Esto, en definitiva, es decidir una cuestión de propiedad por medio de presunciones de hecho. Ciento es que, conforme al rigor de los principios, esto es inadmisible, porque las presunciones del hombre no pueden invocarse sino en los casos en que la ley permite la prueba testimonial, art. 1353. Este es uno de aquellos debates en los cuales la fuerza de las cosas supera á la legalidad, á menos que se admita que haya imposibilidad para los ribereños actuales de procurarse una prueba literal: en este caso la prue-

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núm. 187.

2 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Abril de 1854 (Dálloz, 1854, 1, 139).

ba testimonial, y en consecuencia, las presunciones, son admisibles.

c) *De los ríos no navegables.*

268. En otro lugar hemos expuesto la controversia concerniente á la propiedad de las corrientes de agua no navegables ni flotables (1). En nuestra opinión, pertenecen á los ribereños, pero su derecho no es la propiedad absoluta que define el art. 544; es una propiedad limitada, en el sentido de que la naturaleza destina las aguas corrientes para el uso de todos los ribereños, y la ley consagra las miras de la naturaleza. Tal era ya la doctrina del antiguo derecho. "En materia de ríos, dice Coquille, y de otras heredades públicas, el derecho de cada uno consiste en usar de ellas de tal manera que no se estorbe el uso de los demás (2)." Las usurpaciones del feudalismo habían despojado á los ribereños de un derecho que el mismo Creador les ha dado; no obstante, las costumbres limitaron los derechos de los señores por interés de los ribereños. Se lee en la costumbre de Normandía, art. 206: "Los señores, aunque reputados propietarios de los ríos, no pueden desviar sus aguas sino con cargo de devolverlas, á la salida de sus fundos, á su curso ordinario y sin detrimiento ageno." El art. 644 del código Napoleón reproduce esta distinción casi en los mismos términos. Sin duda para asegurar mejor los derechos de los ribereños es por lo que la jurisprudencia se rehusa á reconocerles la propiedad de los ríos no navegables. En efecto, el derecho de propiedad es invasor por naturaleza, tiende necesariamente á hacerse exclusivo; ahora bien, el uso de las aguas no podría ser exclusivo, estando tal apropiación en oposición con las leyes de la naturaleza. En este sentido es cómo la

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 15 y siguientes.

2 Guy-Coquille, *Costumbre del Nivernais*, título de las casas art. 2.

corte de casación proclama que el agua corriente es una cosa común entre aquellos cuyas heredades borda ó atraviesa (1).

La naturaleza, es verdad, concede desde luego el uso al ribereño superior, pero éste no puede absorber las aguas con perjuicio de los ribereños inferiores, porque éstos tienen un derecho igual al de aquél: no debe ser, dice la corte suprema, que el derecho de todos se torne en privilegio de uno solo. De aquí este principio, consagrado igualmente por la jurisprudencia, que el declive de las corrientes de agua no es susceptible de propiedad privada; de donde la consecuencia de que el propietario cuyos fundos están atravesados por un río no puede pedir á título de derecho absoluto, que la retén de agua de una fábrica situada río abajo se abaje de tal suerte que ningún remolino se haga sentir á lo largo de su propiedad: el derecho de uno de los ribereños necesariamente se modifica y limita por el derecho igual del otro (2).

269. De esto, la jurisprudencia concluye que los ríos no navegables son inalienables e imprescriptibles (3). Y esto no porque tales ríos estén colocados en el dominio público, y porque como tales, estén fuera del comercio. El artículo 644 establece una distinción precisa entre los ríos navegables que se consideran como una dependencia del dominio público, y los no navegables que no pertenecen á este dominio, los ribereños de los primeros no pueden ejercer en ellos ningún derecho sino por vía de concesión, mientras que los otros tienen el derecho de servirse de las

1 Sentencias de casación, de 17 y de 4 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 73 y 74).

2 Esta es la jurisprudencia constante del consejo de Estado. Nosotros nos limitamos á citar el decreto más reciente, de 18 de Abril de 1866 (Dalloz, 1869, 3, 63). Compárese, Dalloz, en la palabra *aguas*, números 419 y 420.

3 Bruselas, 8 de Junio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 319).

corrientes de agua que bordean ó atraviesan sus heredades; y precisamente porque todos tienen tal derecho, ninguno de ellos puede disponer del río, como un propietario puede disponer de sus cosas. Las sentencias que establecen el principio derivan la consecuencia de que los ribereños no pueden oponer ni título ni prescripción contra los reglamentos expedidos por la administración por interés de todos; he aquí todavía un carácter de ésta propiedad limitada que pertenece á los ribereños, y es que está subordinada al derecho que el Estado ejerce en las corrientes de agua, navegables ó no, por interés general. Más adelante insistiremos en esto. En este sentido, la corte de casación de Bélgica dice que “el uso de las aguas corrientes está subordinado al interés general, al cual deben ceder los intereses particulares” (1).

270. Hemos dicho ya que, en el antiguo derecho, no se observaban estos principios, ni aun respecto á los canales de navegación. El Estado, es decir, el príncipe en cuya persona se concentraba el Estado, disponía de las vías navegables ó no disponía; y los señores jurisdiccionales hacían por su parte concesiones en virtud de su soberanía feudal. ¿Los derechos de propiedad conferidos por tales actos pueden todavía ser invocados por los concesionarios, bajo el imperio de nuestro código que no reconoce ya propiedad absoluta en las aguas? La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo para mantener los derechos de los propietarios. Las leyes que han abolido el feudalismo son extrañas á las leyes de soberanía; en el presente caso, no se trata de relaciones entre señor y vasallo, sino del ejercicio del poder soberano, tal como estaba organizado en el antiguo régimen. Los actos de soberanía subsisten, salvo que estén abrogados por una ley que despoje de los dere-

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842, (*Pascrisja*, 1842, 1, 110):

chos de propiedad concedidos por nuestros antiguos soberanos ó por los señores en su calidad de soberanos feudales. Esto decide la cuestión (1).

La corte de casación admite una excepción á estos principios para los molinos construidos por antiguos señores. Se supone que los molinos han permanecido en la posesión de los señores hasta la publicación de las leyes que han abolido todos los derechos feudales. La consecuencia de esta opinión será que los propietarios de esos molinos ya no disfrutarán del derecho exclusivo en las aguas que pertenecía á los señores jurisdiccionales en las corrientes de aguas navegables (2). En efecto, el goce exclusivo de las aguas era uno de esos abusos feudales que la revolución de 89 ha abolido hasta en sus últimos vestigios. Esta distinción entre los derechos feudales abolidos, y los derechos de propiedad privada que emanan del poder feudal en provecho de particulares no vasallos, puede parecer sutil, pero no obstante, es jurídica.

La cuestión de prueba ofrece alguna dificultad en la aplicación de los principios consagrados por la jurisprudencia. Naturalmente que al que invoca una concesión anterior á 89 es á quien corresponde probar su derecho, salvo que después los tribunales aprecien la naturaleza y la extensión de la concesión, conforme á las distinciones que acabamos de establecer. Si no hubiese prueba literal, se podría invocar la prescripción trentenaria, vencida antes de 89; ella, en efecto, probaría que había una concesión, supuesto que en el antiguo régimen los ribereños no podían establecer fábricas sino en virtud de una concesión eman-

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 54, nota 39, y la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *servidumbre*, número 23, y en la palabra *leyes*, núm. 91, 2º.

2 Sentencia de casación, de 21 de Julio de 1834 (*Dalloz, Servidumbre*, número 252, 4º).

da de los señores, sea en su calidad de propietarios sea en su calidad de señores que tenían la policía de las aguas (1).

## *II. Derechos de los ribereños de los ríos no navegables.*

### *a) ¿Quién es ribereño?*

271. El art. 644 dice que aquél cuya propiedad está á la *orilla* de una agua corriente puede servirse de ella á su paso, y que aquél cuya heredad es atravesada por dicha corriente, puede también usarla en el intervalo que ella recorre. En uno y otro caso, la ley no concede derecho en las aguas sino al que es ribereño de ellas. ¿Quién es ribereño? es decir decir ¿quién tiene derecho á las aguas? El art. 644 contesta que aquél cuyo fundo está orillado ó atravesado por una agua corriente. Tal es el principio establecido por la ley misma, que nos servirá para resolver las dificultades que se presentan en la aplicación del artículo 644.

El principio no se aplica indudablemente á los propietarios inferiores que son ribereños de un canal artificial, sin que lo sean del río de donde se han derivado las aguas; ellos no pueden pedir que el propietario del canal les transmita las aguas después de haberse servido de ellas, porque no son ribereños. El texto del art. 644 no es aplicable, ni el espíritu de la ley; porque si la naturaleza da el agua á todos, esto quiere decir que la da á aquellos cuyas heredades tocan el agua; pero ciertamente que no la da á los que no son ribereños, puesto que estos se hallan en la imposibilidad natural de aprovecharla.

272. Pasa lo mismo cuando una heredad está separada de la corriente de agua por un camino público. No puede decirse que este fundo esté al borde de una agua corrien-

1. *Sentencia de casación, de 21 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra servidumbre, núm. 252, 4º).*

te, ni que ésta pase al través de aquél; luego no estamos dentro de los términos del art. 644. El propietario tampoco puede invocar el espíritu de la ley; de cualquier manera que se considere el derecho de los ribereños, supone que sean contiguos. Si es una propiedad, el lecho será el accesorio del fundo del cual aquélla es una continuación; ahora bien, en el caso que nos ocupa, el lecho accedería á la vía pública, y el propietario del camino lo sería del río, lo que excluye al fundo ribereño del camino. Si es un derecho de uso el que el art. 644 concede á los ribereños, ese derecho les pertenece en razón de los inconvenientes y riesgos que á menudo presenta la proximidad de las aguas: esto supone la contigüedad (1).

La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. Sin embargo, hay dudas acerca de un punto. Pardessus dice que aquél cuya heredad no está separada de la corriente de agua sino por un camino público debería gozar de la misma ventaja que el ribereño inmediato, si la administración le permitiese construir en aquel camino un acueducto propio para facilitar el uso de las aguas. En la jurisprudencia del consejo de Estado se encuentra un ejemplo de una concesión semejante. El decreto se funda en las leyes que dan á la administración el poder de reglamentar las aguas con una mira de utilidad general, y de otorgar la autorización de derivarlas para las necesidades de la industria y de la agricultura. Sin duda que la administración tiene ese poder; ¿pero puede usarlo en favor de los que no son ribereños? Esto equivale á preguntar si la administración ó la ley es la que da el derecho á las aguas. El art. 644 contesta á nuestra pregunta. Ahora bien, la ley sólo á los ribereños concede el derecho de servirse de

1 Tolosa, 26 de Noviembre de 1832 (*Dalloz, Servidumbre*, número 201), y Angers, 28 de Enero de 1847 (*Dalloz, 1847*, 4, 445). Compárense los autores citados por *Dalloz*, núm. 201.

las aguas; la administración no puede extender ese derecho á los que no son ribereños. Con eso despojaría á los ribereños del volumen de agua que iria á conceder á uno que no es ribereño; esto sería equivalente, en cierto sentido, á una expropiación sin indemnización y por interés particular; lo que en definitiva vendría á ser una violación de la propiedad. Apresurémonos á agregar que tal no es el alcance del decreto que acabamos de citar; este decreto reserva á los ribereños la facultad de hacer valer judicialmente sus derechos, si creen que la autorización otorgada les causa algún perjuicio. Aun con esta reserva, nosotros no podemos aceptar la jurisprudencia del consejo de Estado. El derecho de los ribereños es una especie de propiedad, que no recibe más límites que el derecho igual de los co-ribereños; fuera de esto, ni á la administración ni á los tribunales incumbe modificar ese derecho.

273. Una corriente de agua se abre un nuevo lecho abandonando el antiguo; ¿los propietarios ribereños del lecho abandonado conservan su derecho á las aguas mediante un acueducto? Se ha fallado, y con razón, que ellos no tienen tal derecho. La corte de casación cita el art. 703, por cuyos términos las servidumbres cesan cuando las cosas se hallan en tal estado que ya no pueden usarse (1). Esta disposición no es aplicable al caso, porque el derecho de los ribereños no es una servidumbre; si no es la propiedad absoluta y exclusiva del art. 644, es por lo menos, una especie de propiedad, y el propietario no puede tener servidumbre en su propia cosa. El motivo para decidir es sencillísimo; no siendo ya ribereños los que lo eran de la corriente de agua, no pueden ya reclamar ningún derecho como tales: la naturaleza que les había dado un derecho se los quita; se necesitaría una disposición formal para

1 Sentencia de denegación, de 11 de Febrero de 1813 (Dalloz, *Servidumbre*, número 209).

mantenerlos en un goce que ellos pierden al perder la calidad de ribereños.

274. ¿El fundo ribereño aumenta ó disminuye, dichos cambios ejercen alguna influencia en el derecho de los propietarios? ¿Si el fundo se aumenta con nuevas adquisiciones, el derecho á las aguas se extiende en proporción de las nuevas necesidades? La cuestión es debatida, pero, á nuestro juicio, no existe motivo serio para dudar. La ley da un derecho á los ribereños, sin limitarlo á la extensión de sus heredades, á tal ó cual época; ahora bien, si en su mente, el ribereño no había podido servirse de las aguas sino para la heredad que poseía en una época determinada, habría debido fijar esta época; si no, como dice Daviel, habría que remontarse hasta el diluvio. A decir verdad, la ley no podía tener en cuenta dichos cambios, porque si concede un derecho á los propietarios, no es en razón de la extensión de las heredades, sino únicamente por su posición. Hay, sin embargo, excelentes ingenios que creen que la cantidad de agua *primitivamente* atribuida á un ribereño no puede aumentar en perjuicio de los demás ribereños (1). ¿Qué respondería Ducaurroy si se le preguntase cuál es esa época *primitiva*? Evidentemente que habría necesidad de un texto para determinarla. Proudhon da un motivo en apariencia jurídica; la servidumbre de uso, dice él, que sólo se establece para un fundo no puede extenderse á otro (2). Para que el argumento tuviese algún valor, sería preciso demostrar, en primer lugar, que el derecho de los ribereños es un derecho de servidumbre. Esto no sería suficiente; habría que probar para qué fundo se ha establecido, lo que vuelve á traernos á la dificultad capital de la época á la cual debería uno remontarse. Por el hecho sólo de que la ley no fija época, hay que decidir que no la hay. Lo que

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 182, nám. 271.

2 Proudhon, "Del dominio público," t. 4º, nám. 1426.

equivale á decir que en caso de contienda entre los ribereños acerca del volumen de agua que cada uno tiene derecho á tomar, hay que considerar el estado de las propiedades ribereñas en el momento del litigio (1). La jurisprudencia se halla en este sentido (2).

275. La cuestión se vuelve dudosa cuando una heredad ribereña se fracciona, sea por causa de venta, sea por efecto de una partición. ¿Aquel de los propietarios que deja de ser ribereño conserva el derecho á las aguas? Si el contrato que ha dividido el fundo ribereño calla acerca del uso del agua, claro es que el no-ribereño deja de tener ese uso, por el hecho mismo de que ya no es ribereño. Acerca de este punto, todos parece que están de acuerdo. Pues bien, esto es decisivo, en nuestra opinión, aun para el caso en que una cláusula expresa reservara el derecho á las aguas á aquél que cesa de ser ribereño. ¿Esta cláusula puede dar un derecho al que no es ribereño? Hemos disputado este poder al Estado (núm. 272); lo disputamos por los mismos motivos á los ribereños. En vano se dice que las convenciones deben tener su efecto entre las partes. Sí, cuando las partes dispongan de un derecho que les pertenece; pero en el caso presente, el derecho de usar el agua está limitado por la ley á los ribereños; de donde se sigue que éstos pueden oponerse á que una persona que no es ribereña ejerza un derecho que la ley no le concede. Luego al disponer del derecho á las aguas, las partes contrayentes disponen de un derecho que no les pertenece, y esto decide la cuestión. Se objeta que la posición de los demás ribereños no puede ser mejorada por la división de un predio que gozaba por todas sus partes de los derechos conferidos por el art. 644. Comprenderíamos la objeción si emanase de los que enseñan que el aumento de un fun-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 47, nota 10, y los autores que citan.

2 Limoges, 9 de Agosto de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm: 210).

do ribereño no aumenta el derecho del ribereño, porque el derecho de los demás ribereños se vería disminuido; pero si se admite que la posición de los ribereños puede verse deteriorada por el acrecentamiento que recibe un fundo ribereño, se necesita para ser consecuente, admitir también que la posición de aquéllos puede verse mejorada por la diminución de los fundos ribereños. Esto no es más que la aplicación del principio de que el juez arregla los derechos de los ribereños según el estado de las propiedades al iniciarse el litigio (1).

Hay una sentencia de la corte de Besançon en favor de la opinión contraria. Pero la corte de casación, desecharando el recurso, cuidó de hacer constar que la sentencia que ordena un reconocimiento pericial no tenía por objeto más que ilustrar á la corte, y que no conteniendo nada definitivo, no podía violar el art. 644 (2). La sentencia de la corte de casación deja, pues, intacta la cuestión, y en consecuencia, la sentencia de la corte de Besançon pierde su autoridad.

*b) Derecho del ribereño cuando el agua pasa á las orillas de su heredad.*

276. El art. 644 establece que aquél cuya propiedad está orillada por una agua corriente puede servirse de ella

1 Véanse las opiniones diversas de los autores en Aubry y Rau, t. 3º, p. 48, nota 11, y en Dalloz, en la palabra *servidumbre*, número 212. Duraanton confiesa que ya no se está en los términos de la ley, lo que es decisivo. Agrega que está más en el espíritu de la ley, porque su espíritu tiende siempre al mantenimiento de los derechos adquiridos (t. 5º, p. 217, núm. 235). Nosotros contestamos que no hay derecho adquirido en materia de corrientes de agua, dependiendo todo de los cambios que acaezcan en las corrientes y en los predios ribereños. Por otra parte, el verdadero espíritu de la ley está en su texto, cuando es claro y formal.

2 Besançon, 4 de Julio de 1840, y sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1843 (Dalloz, núm. 24 2º).

á su paso. ¿Cómo deben entenderse estas últimas expresiones? He ahí la dificultad. Los bordes del río siempre son más elevados que la corriente del agua; y puede suceder que sean de tal manera escarpados, que sea imposible derivar las aguas del río para regar el predio. Se pregunta si el ribereño puede tomar el agua río arriba; esto supone que él tiene el derecho de construir en el predio superior un acueducto que conduzca las aguas al predio inferior. El puede adquirir ese derecho comprando una parte de la ribera suficiente para hacer en ella los trabajos necesarios. Se ha fallado que en estas circunstancias el ribereño no tenía el derecho de derivar las aguas. La corte invoca el texto del art. 644; el ribereño puede servirse del agua á su paso, lo que significa que no tiene tal derecho sino en el momento en que las aguas pasan por su fundo; sigue de aquí que la conducción del agua debe practicarse en el mismo fundo que usa ésta. He aquí lo que puede llamarse una interpretación judaica; ajustarse á la letra de la ley para violar su espíritu. Si el texto de la ley fuese formal, nosotros lo aceptaríamos, porque, á nuestro juicio, el espíritu de la ley se halla en su texto; pero en el caso que nos ocupa ¿qué es lo que dice el código? Que el ribereño tiene el derecho de servirse del agua á su paso: y esto es lo que hace, supuesto que toma las aguas en el momento en que ellas pasan frente al predio superior que le pertenece. Después de esto ¿qué importa adonde lleve las aguas, que sea á un fundo inferior, en donde él es igualmente ribereño, ó al fundo superior? ¿Acaso exige la ley que el ribereño use las aguas aquí ó allá? ¿río arriba ó río abajo? Todo lo que ella quiere, es que las heredades ribereñas solas se aprovechen del agua, supuesto que á ellas les hizo el dón la naturaleza. ¿Y acaso ésta no hace el dón á los predios escarpados? ¿No pasan las aguas delante de estos predios, tanto como delante de los otros? La corte de

casación se ha pronunciado en ese sentido, y tal es también el parecer de los autores (1).

¿Qué debe decidirse si el ribereño que, en razón del escarpe de la ribera, no puede tomar las aguas en el momento en que pasan delante de su heredad, las deriva de un predio superior con permiso del propietario ribereño? La corte de casación ha mantenido, aun en este caso, el derecho del ribereño inferior; es verdad que ya no puede decirse que el ribereño tome las aguas en un punto en donde es ribereño; pero también es verdad que no es en ese punto en donde se sirve del agua; no hace más que derivarla para uso de los predios de que es propietario río abajo, y propietario ribereño, ¿qué importa, pues, el punto en donde los trabajos se emprenden? Lo único que es esencial, es que las propiedades ribereñas aprovechen solas las aguas. La corte dice muy bien, que el art. 644 da un derecho á los ribereños, pero que no reglamenta la manera de ejercer este derecho; de donde se sigue que no puede exigirse que el ribereño haga los trabajos necesarios en un punto de la ribera preferentemente á otro; esto sería introducir en la ley una condición, que repugnan tanto su espíritu como su texto (2).

277. El art. 644 dice que aquél cuya propiedad está á la orilla de una agua corriente puede servirse de ella á su paso. Este derecho pertenece, pues, á todos los que son ribereños, y les pertenece con título igual, porque la ley no hace ninguna distinción entre los fundos superiores y los inferiores. ¿Cuál es el carácter de este derecho y con qué título es igual? Desde el momento en que se trata de precisar los derechos de los ribereños el disentimiento

1 Sentencia de Aix, de 30 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1). casada por sentencia de 14 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Compárese, Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 214.

2 Senteucia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 174).

que divide en esta materia á los autores vuelve á aparecer. Los que reconocen á los ribereños la propiedad de los ríos no navegables dicen que son co-propietarios; comparan la posición de éstos con la de los co-propietarios de una pared medianera. Los otros rechazan la idea de co-propiedad, pero, en definitiva, vienen á parar en el mismo resultado, porque admiten un derecho de goce común é indiviso de la corriente de agua (1). Indiviso, es mucho decir, porque cada ribereño toma una parte del agua, y si hay discusión entre ellos, los tribunales hacen la distribución. ¿Pero conforme á qué principios? Todos ellos tienen un título igual, por lo que se vería uno tentado á decidir que su derecho debe arreglarse según la estricta ley de la igualdad, es decir, según la extensión de sus heredades. Pero hay, además, otros elementos que deben tenerse en cuenta, el modo de cultivo, la naturaleza del suelo, el género de explotación. Imposible es establecer una regla absoluta y una igualdad matemática; por esto es que la ley se ha atenido á la prudencia de los tribunales, como más adelante lo diremos. Todos están de acuerdo en este punto; la cuestión de propiedad es indiferente en este debate, porque los que admiten la propiedad de las aguas en provecho de los ribereños reconocen que tal propiedad es limitada (2).

278. El principio es incontestable en lo concerniente á los co-ribereños; es evidente que el derecho de uno de ellos, que sea co-propiedad ó goce común, limita el derecho del otro. ¿Pero es lo mismo respecto de los ribereños inferiores? Uno de nuestros buenos autores contesta que como en este caso la vocación de los ribereños es sucesiva, el derecho actual del ribereño superior domina el de-

1 Véanse los diversos sentimientos en Demolombe, t. 10, p. 174, número 143.

2 Demolombe, t. 11, p. 174, núm. 143. Duranton, t. 5º, p. 204, número 214. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 181, núm. 271.

recho eventual del ribereño inferior, en el sentido de que el primero puede ejercitar su derecho en toda su plenitud, y que sólo después de que haya usado de su derecho será cuando los propietarios inferiores sean llamados á servirse del agua. Nosotros creemos que el principio formulado de tal manera es inadmisible, porque equivale á poner el privilegio en el lugar de la igualdad. El mismo Demante modifica hasta tal punto su principio en la aplicación que puede decirse que nada queda de él; confiesa que el espíritu de la ley es que no se haga completamente abstracción del interés de los predios inferiores. De aquí el poder de conciliación concedido á los tribunales por el artículo 645 (1). Nosotros creemos que debe mantenerse la igualdad respecto á los ribereños inferiores; es conforme á esta regla cómo los tribunales deberán conciliar los intereses diversos, sin que puedan sacrificar el derecho de los ribereños inferiores al de los superiores, porque todos tienen un derecho igual. En la opinión que nosotros hemos enseñado acerca de la propiedad de las corrientes de agua no navegables, esto es evidente; propietarios con el mismo título, el ribereño superior no tiene más derecho que el otro, por más que las aguas pasen primero por su heredad. Si no se le reconoce más que un simple uso, que tenga su principio en una concesión de la ley, todo depende de los textos y de su interpretación. El art. 644 no distingue entre el co-ribereño y el ribereño inferior; y el espíritu de la ley rechaza toda distinción, porque el legislador ninguna razón tiene para favorecer á uno de los ribereños á expensas del otro. Así pues, debe aplicarse el antiguo proverbio que prohíbe al intérprete distinguir allí en donde la ley no distingue.

279. Una primera consecuencia se deriva de este prin-

1 Demante, t. 2º, p. 580, núm. 495, bis 5. Compárese, Duranton, t. 5º, p. 205, número 218.

cipio, y es que el ribereño cuya propiedad rodea el río no puede desviar el curso del agua; esto sería arrebatar al co-ribereño su derecho en las aguas. Esto basta para decidir la cuestión. El segundo inciso reconoce este derecho á aquél cuya heredad es atravesada por el agua: lo que implica que el ribereño unilateral no lo tiene. Quizás para marcar esta diferencia por lo que la ley dice que el propietario que no posee más que una de las riberas puede servirse del agua á *su paso* (1). Esto, por lo demás, es tan evidente que nos parece inútil insistir.

280. Nosotros creemos que resulta del mismo principio que el ribereño no puede servirse del agua sino para el uso de sus propiedades ribereñas. Si, además, de la heredad ribereña posee fundos que no sean ribereños, no puede conducir el agua á través de los terrenos intermediarios hasta los predios más alejados que no están á orillas del agua corriente. En efecto, no es á los propietarios á los que la naturaleza da el beneficio de las aguas, porque ella no conoce propietarios, sino que el agua debe aprovechar á predios que están á su orilla. ¿Qué importa que una heredad más lejana pertenezca á un ribereño? Acaso esta circunstancia accidental volverá ribereña á la heredad? Y ¿en dónde estaría la razón para conferir el beneficio de la irrigación á tal ó cual fundo no ribereño, porque pertenece á un propietario ribereño, cuando se le rehusa á otra heredad contigua, porque pertenece á persona que no es ribereña? El que posee dos predios, uno ribereño, el otro no ribereño, tiene dos calidades; como ribereño, él puede invocar el beneficio del art. 644; como no ribereño, no puede reclamar ni un derecho de propiedad en las aguas, ni un derecho de uso que no puede pertenecer mas que á los ribereños. La opinión contraria no tiene para nada en cuenta

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 49 y nota 17. Demolombe, t. 11, p. 176, número 144.

los derechos de los ribereños inferiores; mientras más se extienden los derechos de los propietarios de río arriba, más se restringen los de los propietarios de río abajo. Lo que era un derecho igual se volverá un privilegio. Es decir, que se viola el principio fundamental en esta materia. Se objetan los términos del art. 644; la ley dice que el ribereño puede servirse del agua á su paso para la irrigación de sus *propiedades*. La ley es general, se dice, luego no hay lugar á distinguir. Pero el final del artículo no debe separarse del principio. ¿Quién tiene derecho al agua y con qué condiciones? El art 644 contesta: "Aquél cuya propiedad está á la orilla de una agua corriente." He aquí la condición que está en armonía con la ley de la naturaleza y con el espíritu del código. La propiedad ribereña es la que se prolonga hasta el lecho del río, ella es la que está expuesta á sufrir la acción de las aguas, luego ella, y ella sola, es la que debe aprovecharse de sus beneficios (1).

281. Tal es el sistema del código civil. Más adelante diremos si las leyes nuevas, expedidas para favorecer la irrigación, han consagrado la opinión contraria. Aun bajo el imperio del código Napoleón, hay que admitir una restricción á la doctrina que acabamos de exponer. El propietario puede servirse del agua para la irrigación de todos los predios que no forman más que un solo y mismo dominio ribereño; de suerte que si posee, sin solución de continuidad, una pradera á lo largo de la ribera, en seguida una tierra de la branza, y después una pradera artificial, tendría derecho á practicar regueras á través de sus tierras de labor para llevar el agua á la pradera artificial; porque ésta hace parte de su dominio ribereño (2). En este sentido ge-

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 11, p. 179, números 148 y 149; Aubry y Rau, t. 3º, p. 49, y nota 18; Duranton, tomo 5º, p. 213, núm. 231.

2 Demolombe, t. 11, p. 178, núm. 147.

neral es como la ley dice que el ribereño puede servirse del agua para la irrigación de sus *propiedades*. La corte de casación así lo ha resuelto en un caso en que la configuración del terreno daba lugar á alguna duda. Ella asienta como principio que el art. 644 concede la facultad de irrigación no sólo para las tierras que tocan inmediatamente al río, sino también para todas las propiedades contiguas que pertenecen al mismo dueño. Tratábase de saber si este principio era aplicable en el caso en que una heredad, que forma parte del mismo dominio que el fundo ribereño, estaba separado de éste por un vallado. El vallado perteneciente al mismo propietario, realmente no impedía la contigüidad, puesto que las heredades, aunque separadas por el vallado, no dejaban por eso de formar una sola y misma posesión (1). Por los mismos motivos, se debe resolver que por estrecho que sea el predio ribereño propiamente dicho, y por extensa que sea la propiedad contigua, el ribereño puede usar del derecho que le concede el artículo 644, salvo que los propietarios inferiores pidan un reglamento, si les parece que el propietario superior absorbe demasiada cantidad de agua (2).

282. Este último punto da con frecuencia lugar á disputas entre los ribereños. ¿Cuál es el volumen de agua que cada uno de ellos puede tomar en el dominio común? Resulta del principio, tal como lo hemos formulado, que el ribereño superior no puede absorber el agua, aun cuando pretendiese que toda ella le es necesaria para las necesidades de su propiedad. Esto, casi no da lugar á duda cuando se trata únicamente de un fundo que el agua corriente toca en su contorno. El propietario de este fundo no tiene un derecho absoluto sobre el agua, puede servirse de ella, dice el art. 644, para la irrigación de sus propiedades; pe-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 179).

2 Lieja, 19 de Enero de 1853 (*Basicrisia*, 1853, 2, 169).

ro servirse del agua no quiere decir absorberla. La jurisprudencia se halla en este sentido. Sin duda que, si él emplea el agua en la irrigación, una parte de ella será absorbida por el fundo regado; pero ¿podrá él tomar toda el agua que reclamen todas las necesidades del predio? Aquí el abuso y el derecho se tocan muy cerca; apoderarse de todas las aguas, bajo pretexto de necesidad, sería volver ilusorio el derecho del ribereño inferior, como lo expresa muy bien la corte de Lyon. Precisamente para conciliar los derechos diversos que están en conflicto es por lo que el código da á los tribunales un poder discrecional (1). El juez podría también verse tentado á favorecer fuera de todo límite al ribereño superior. Se lee en una sentencia que los propietarios inferiores no tienen el derecho de disfrutar del agua sino cuando los ribereños superiores están *satisfechos*. A recurso de casación, la corte hizo notar la exageración de esta expresión; ella, no obstante, mantuvo la decisión, porque estaba suficientemente justificada por los hechos tales como la corte de apelación los comprobaba. En efecto, la sentencia establecía que no había abuso ninguno que reprochar al propietario superior y que los ribereños inferiores no habían experimentado daño ninguno (2).

283. ¿En qué uso pueden los ribereños servirse del agua? El art. 644 dice que pueden servirse de ella para la irrigación de sus propiedades. Si se ajustase uno á la letra de la ley, habría que concluir que ella excluye todo uso del agua, salvo la irrigación, es decir, que proteje exclusivamente los intereses de la agricultura. Hay autores que admiten esta interpretación restrictiva; pero Hennequin es

1 Lyon, 15 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158).

2 Montpellier, 17 de Noviembre de 1856, y sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 86).

el único que se atreve á llevar las cosas hasta el extremo. "La irrigación, dice él, es la vida de las explotaciones agrícolas; no debe ser que las aguas se agoten en usos domésticos." Así, pues, es de parecer que las aguas no podrían emplearse ni como fuerza motriz, ni como decoración, ni como medio de alimentar algunas fuentes ó de dar de beber á los ganados; que la irrigación es el único destino que se permite darles. La mayor parte de los autores retroceden ante las consecuencias de un principio tan absoluto; es decir, que lo abandonan. En cuanto á los usos domésticos, todos los permiten á los ribereños, lo que los coloca ya fuera de la letra de la ley; la mayor parte admiten también el uso por placer, y al menos, en cierta medida, el destino del agua á las necesidades de la industria. Nosotros creemos que debe entrarse con más franqueza en este sistema de interpretación, y decidir que se permite todo uso á los ribereños, y que la ley sólo excluye el abuso. Ciento es que el texto no habla más que de la irrigación, pero esto no decide la cuestión; debe verse si todos los términos son restrictivos; ahora bien, evidentemente que no lo son, y el espíritu de la ley exige la interpretación extensiva. El legislador no ha hecho más que consagrар las miras de la naturaleza, y ésta no es exclusiva, sino que ofrece sus dones al hombre para que los emplee con toda amplitud, el agua es una fuerza motriz tanto como un medio de irrigación; sirve para embellecer los predios tanto como para fertilizarlos. Si el código habla únicamente de la irrigación, es porque ordinariamente la ley no prevee más que hechos usuales, y el agua habitualmente sirve para la irrigación. Pero lo que prueba que el legislador no se ha preocupado exclusivamente de los intereses de la agricultura, es que en el art. 645, que es continuación del 644, previendo el conflicto entre los diversos intereses, decide que el juez debe conciliar "el interés

de la agricultura con el respeto debido á la propiedad." Esto implica, como ya lo hemos dicho en otro lugar, que los ribereños son propietarios de las corrientes de agua no navegables. En esta opinión, no puede quedar la menor duda acerca del derecho que tienen ellos para servirse de aquellas en toda clase de uso, salvo el no abusar de su derecho absorbiendo las aguas. ¿De qué se quejarían los ribereños inferiores, si el ribereño superior se sirviese del agua para su industria, en vez de emplearla en la irrigación de sus fincas? Con tal que haga un uso moderado del agua, poco importa el destino que le dé. Hay más todavía, como lo dice muy bien la corte de Besançon, la industria se limita ordinariamente á emplear el agua como fuerza motriz, devolviéndola después á su curso natural, mientras que la agricultura absorbe una notable parte que se queda en los terrenos (1).

283 bis. No es posible servirse del agua, sea para la irrigación, sea para la industria, sin emprender algunos trabajos, como sangraduras de acequias, canalizas, compuertas ú otros; se pregunta si los ribereños tienen derecho á hacer esos trabajos. Apenas si puede plantearse la cuestión. El que quiere el fin quiere los medios. La única dificultad consiste en saber si el ribereño necesita autorización de la administración. Se ha fallado que el ribereño no puede, aun siendo propietario de las dos riberas, construir una barrera sin autorización. En el caso, había un reglamento local (2), y el art. 645 quiere que se observen los reglamentos locales. ¿Qué debe resolverse si no hay reglamento? En teoría, podría contestarse que co-

1 Besançon, 10 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 36). Véase, *ibid.*, en nota, las diversas opiniones de los autores. Compártase, Demolombe, t. 11, p. 193, núms. 156-160; Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 215. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, notas 19 y 20.

2 Sentencia de casación, de la sala de lo criminal, de 15 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 581, 3º).

mo la ley reconoce á los ribereños una especie de propiedad ó al menos un derecho de goce, le da, por esto mismo, la facultad de hacer todo lo que es necesario para el ejercicio de ese derecho (1). Más adelante diremos que en la práctica se exige una autorización (núm. 295). Distinta es la cuestión de saber si el que no es propietario más que de una orilla puede estribar algunas barreras en la orilla opuesta. La cuestión era debatida bajo el imperio del código civil; pero ha sido resuelta por las leyes nuevas referentes á la irrigación. Conforme á los principios generales, debe decidirse, sin vacilar, que el ribereño no tiene la servidumbre de apoyo, porque ésta es una verdadera servidumbre, y no hay servidumbre legal sino en virtud de un texto formal; suponemos materialmente que no hay servidumbre que derive de actos del hombre. La ausencia de todo título constitutivo de una servidumbre decide la cuestión (2). Del mismo modo, el ribereño puede hacer su toma de agua en un predio superior, practicando en él regueras con el consentimiento del propietario (3). Desde el momento en que existe el derecho á las aguas, el ribereño puede emplear todos los medios para aprovecharlas.

284. Se ve que los derechos del que no posee más que una orilla no son tan extensos como los derechos del que posee las dos orillas. Este puede hacer las obras que estime convenientes y hasta desviar el agua, salvo el devolverla, á la salida de sus predios, á su curso ordinario. ¿Los propietarios de ambas orillas no podrían entrar en inteligencia y disponer de común acuerdo del río como si éste atravesase una heredad única? Esto ha sido fallado

1 Demolombe, t. 11, p. 213, núm. 172. Compárese, Duranton, tomo 5º, p. 201, núm. 209. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, nota 20.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, notas 21 y 22, y por Dalloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 198.

3 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 174).

de tal suerte (1), y no vemos razón ninguna para dudar. En la opinión que nosotros hemos enseñado sobre la propiedad de las corrientes de agua, á penas puede plantearse la cuestión; si, como lo creemos, los ribereños son propietarios, déjase entender que ellos pueden servirse de su propiedad como se les ocurra, salvo el respetar los derechos de los ribereños inferiores; ¿y qué les importa á éstos de qué manera usen de su derecho los ribereños superiores, con tal que no hagan usurpaciones en el derecho igual que les pertenece?

285. Demante hace notar que el texto establece una diferencia entre el propietario de las dos orillas y el que sólo posee una; el primero debe devolver á su curso ordinario las aguas de las que no se ha servido, mientras que el art. 644 no impone esta obligación al segundo. ¡Debe inferirse de esto que el propietario que se ha servido del agua para la irrigación de sus predios, podrá disponer como se le ocurra del agua que le queda? ¿puede, por ejemplo, concederla á otros propietarios? Ciertamente que no; el mismo Demante agrega, que le parece justo que el residuo del agua se devuelva á su curso natural. Luego hay que decir que no existe esa pretendida diferencia. Y en efecto, ella no tendría razón de ser, ó por mejor decir, estaría en oposición con el principio consagrado por la ley. El código, en ciertos conceptos, da derechos más extensos al propietario de las dos orillas que al propietario de una sola; luego si el primero tiene que devolver el agua de que no se sirve, con mayor razón debe hacerlo el otro. Si no lo expresa la ley, es porque regularmente el ribereño no debe tomar más que la cantidad de agua que le es necesaria; luego no le quedará excedente. Puede suceder también que en razón de las circunstancias del terreno no

1 Besançon, 24 de Mayo de 1828 (Dalloz, en la palabra *servidumbre*, 228).

le sea posible devolver á su curso ordinario las aguas sobrantes. En este caso serán perdidas para los ribereños inferiores, lo que es para ellos un perjuicio, y por consiguiente, un ataque á sus derechos. ¿Quiere decir esto que el ribereño no puede servirse del agua cuando no puede devolverla á su curso ordinario? Esto sería sacrificar los derechos del ribereño superior. Hay un medio muy sencillo de evacuar este conflicto, y es arreglar el volumen de agua que el ribereño está autorizado á tomar, de modo que no tenga más que el agua estrictamente necesaria, dejando en el río una cantidad equivalente á la que, en una situación ordinaria él devolvería después de la irrigación (1).

*c) Derechos del propietario cuya heredad se halla atravesada por el agua.*

286. Según los términos del art. 644, “aquél cuya heredad atraviesa una agua corriente, puede también emplearla en el intervalo que recorre, pero con la condición de devolverla, á la salida de su predio, á su curso ordinario.” La palabra *también* de que se sirve la ley marca que quiere establecer una diferencia entre el propietario que posee las dos orillas y el que sólo posee una. Sin embargo, la expresión *usar*, que se haya en el segundo inciso, tiene el mismo sentido que la expresión *servirle* que se encuentra en el primero. De esto infiere Proudhon que los derechos de los ribereños son los mismos, en el sentido de que no puede servirse del agua sino para la irrigación de sus propiedades, aun cuando posean las dos orillas (2). Nosotros decimos también que sus derechos son los mis-

1 Metz, 5 de Junio de 1806 (Dalloz, 1806, 2, 124), Demanté, t. 2º, n.º 580, n.º 495 bis, 2. Aubry y Rau, t. 3º, p. 50, y notas 24 y 25; Delombe, t. 11, p. 191, n.º 155.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, n.º 1427.

nios en lo que concierne al uso ~~que tienen bases~~ del agua; pero como, á nuestro juicio, los ribereños ~~que no~~ poseen más que una orilla pueden emplear el agua en toda especie de uso, con mayor razón debe pertenecer esta facultad á los que poseen las dos orillas. Porque es claro que, en el pensamiento del legislador, estos últimos gozan de derechos más extensos. El proyecto sometido al consejo de Estado decía que "aquel cuya heredad es atravesada por un río puede también, en el intervalo que el río recorre, usarlo *a voluntad*". En la discusión, Cambecéres criticó esta expresión, porque quería que el goce del propietario superior estuviese de tal manera reglamentado que no perjudicara el goce del propietario inferior. A consecuencia de estas observaciones, las palabras *á voluntad* se suprimieron. De esto ha resultado que la redacción deja que desear; pero la intención del legislador no es dudosa; la palabra *también*, que se ha conservado, lo indica. Luego la duda que existe respecto al ribereño unilateral, en lo que concierne á los usos industriales, no puede oponerse al propietario de las dos orillas, porque nada en el texto limita el modo de su uso. Tal es también la opinión generalmente seguida (1).

287. El propietario de ambas orillas puede desviar el río en el intervalo que recorre al atravesar su heredad. Esto resulta del texto del art. 644, supuesto que obliga al propietario á devolver el agua á su curso ordinario, en el momento en que sale de sus predios. Esto, por otra parte, se funda en la razón. El que posee las dos orillas no tiene que considerar los derechos de un co-ribereño; únicamente tiene que respetar los derechos de los ribereños inferiores. Y ¿qué importa á éstos cuál sea el curso del río en la heredad superior, con tal que el agua conserve su

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 118, nota 12.

“curso ordinario?” (1). ¿Qué debe entenderse por “curso ordinario?” Las más de las veces será el curso que la naturaleza, es decir, el declive y las sinuosidades del terreno han dado al río. Sin embargo, es de notarse que la ley no dice el curso natural. Puede suceder, en efecto, que el “curso ordinario” no sea el que la naturaleza ha impreso á las aguas. Supongamos que desde tiempo inmemorial, los ribereños hayan cambiado el curso del agua; el curso hecho por mano de hombre se habrá vuelto el curso ordinario; y este curso, aunque artificial, será el que deba ser respetado por el propietario cuya heredad es atravesada por el río. Esto fué así fallado por la corte de casación (2).

288. El derecho de desviar el agua es el único privilegio de que disfruta el propietario de las dos riberas. Se pretende, es cierto, que la naturaleza da al propietario superior una preferencia, en al sentido de que destinado á disfrutar del agua antes que los ribereños inferiores, y no estando limitado su derecho por un co-ribereño, él puede usar del agua sin estar limitado por el derecho de los ribereños inferiores, los cuales no tienen más que un derecho eventual en lo que excede de las necesidades de los primeros. El principio formulado de esta manera es inadmisible. Observemos desde luego que se aplicaría hasta al propietario de una sola orilla, en sus relaciones con los ribereños inferiores, de suerte que éstos estarían, en todos los casos, á discreción del propietario superior. ¿Qué vendría á ser entonces el principio de igualdad que domina en esta materia? Se cambiaría en privilegio en provecho de uno solo y á expensas de todos los demás. Nada justifica en el texto esta interpretación, que se encuentra en oposición con la tradición y con la voluntad del legisla-

1 Demolombe, t. 11, p. 209, num. 167.

2 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Febrero de 1839 (Dalloz, “Acción pacesoria,” núm. 393).

dor. En el antiguo derecho, las sentencias de los parlamentos prohibieron á los ribereños superiores que absorbiesen el agua con perjuicio de los propietarios inferiores, y los autores enseñaban lo que la naturaleza nos enseña, que el río no pertenece á un solo ribereño, que pertenece á todos los predios que recorre y riega. Acabamos de decir que el proyecto que daba al ribereño superior, cuando poseía las dos riberas, un derecho casi absoluto en las aguas se modificó precisamente para resguardar los derechos de los propietarios inferiores. Por último, el artículo 645 depone contra todo privilegio en esta materia; la ley quiere que se concilien los diversos intereses, y no que se sacrificuen al propietario superior. En presencia de este poder discrecional de los tribunales, es inútil insistir (1). Hagamos constar únicamente el uso que los tribunales han hecho del derecho de conciliación que les da la ley.

289. Hay sentencias que decididamente toman partido por el ribereño superior, fundándose en el art. 644, que da al propietario de las dos orillas el derecho de *usar* las aguas, sin limitar este uso; ellas deciden que pueden emplearlas en todas sus *necesidades*, y que la obligación de devolverlas á su curso ordinario no puede entenderse sino de lo que queda después de “*satisfechas sus necesidades*.” La corte de Bourges confiesa que de esto puede resultar, sobre todo, en tiempo de sequía, que las aguas sean absorbidas completamente por el propietario superior; pero dice la misma corte, este inconveniente es inseparable del uso mismo (2). Estas sentencias carecen de valor doctrinal, y

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 49, notas 14 y 15. Demolombe, t. 11, página 206, núm. 166.

2 Bourges, 13 de Julio de 1826, y 7 de Abril de 1837 (Daloz, *Servidumbre*, núm: 222, 2º y 3º).

á penas si puede decirse que estén motivadas; se limitan á declarar que tal es el sentido de la ley. Esta es una afirmación gratuita que para nada tiene en cuenta la tradición, ni la discusión, ni aun el texto del art. 645. La corte de París, á la vez que decide que el propietario cuya heredad atraviesa el agua tiene el derecho de emplearla y de *absorberla* en la irrigación, admite una restricción en virtud del art. 645, el cual, en caso de contienda entre los ribereños, da á los tribunales un poder de conciliación, poder que la administración ejerce igualmente (1). Esta restricción destruye el pretendido principio, porque allí en donde hay lugar á conciliación, ya no hay cuestión de derecho absoluto. Este es un paso dado hacia la opinión contraria, que es sin duda la que predomina en la jurisprudencia.

Quedan, sin embargo, muchas vacilaciones en la opinión general. La corte de Angers proclama el verdadero principio, el derecho igual de todos los ribereños para aprovechar el agua, pero no lo motiva (2). Una sentencia de la corte de Caen penetra al fondo de la dificultad, ateniéndose á la naturaleza del “agua corriente.” ¿Por qué se le da este nombre? ¿no es porque todos los ribereños son llamados sucesivamente á aprovechar sus beneficios? Y bien, ¿qué es lo que dice el art. 644? Que el propietario de las dos orillas, después de haber usado el agua, la debe devolver, á la salida de su predio, á su curso ordinario. ¿Y absorberla es devolverla á su curso ordinario? Así, pues, el texto quiere que el propietario respete la naturaleza del agua corriente y su destino. Nada mejor que esto; pero la corte hace una restricción; parece que considera la irrigación como un derecho absoluto, colocado por encima de toda contienda; de donde resultaría que el propietario superior

1 París, 19 de Marzo de 1838 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 222, 5º).

2 Angers, 4 de Enero de 1819 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 223, 2º):

puede tomar toda el agua necesaria para regar sus predios aunque nada quedare al propietario inferior. ¿Qué es entonces la naturaleza del *agua corriente*? ¿Y qué hacer con el art. 645 que lejos de poner la irrigación por encima de toda disputa, supone que hay conflicto entre el interés de la agricultura y los intereses diversos que la propiedad origina? La corre de casación desechó el recurso dirigido contra esta sentencia, como regularmente lo hace cuando las cortes de apelación no establecen un principio demasiado absoluto (1). Sigamos las variaciones de su jurisprudencia, que acaba por consagrar el principio tal como lo hemos formulado.

290. La corte de Tolosa había admitido el derecho absoluto, ilimitado del propietario; la única restricción que, según ella, le impone la ley, es que no puede desviar el curso del agua. Por lo demás, el propietario inferior no tiene el derecho de exigir un reglamento que determine el uso del agua, á menos que el propietario superior abuse de su derecho, y no hay abuso sino cuando emprende trabajos que causan un perjuicio á los ribereños inferiores, con el fin de hacerles daño y sin ninguna utilidad para él. Esto equivalía á negar abiertamente el principio de la igualdad, y substituirle el del privilegio. La sentencia fué casada. La corte de casación comienza por establecer el principio enteramente contrario. El agua corriente es una cosa común á todos los ribereños, los cuales tienen un derecho igual en el uso del agua, por más que no ejerzan simultáneamente ese derecho. Si por ventaja de su posición, el propietario superior ejerce su derecho antes que los propietarios inferiores, no por eso deja de estar obligado, después de haberse servido del agua, de devolverla á su

1 Caen, 19 de Agosto de 2857 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 223, 3º); sentencia de denegada apelación, de 23 de Marzo de 1830 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 226).

lecho ordinario, á fin de que los propietarios puedan á su vez emplearla. La corte admite que el que posee las dos orillas tiene un derecho más extenso, pero únicamente en el sentido de que puede desviar el cauce de la corriente de agua dentro de los límites de su dominio, y derivar las aguas para emplearlas, salvo el restablecer el cauce á la salida de sus fundos. La corte admite, además, y la cosa es evidente, que el propietario superior que se sirve del agua para la irrigación no puede ser obligado á devolver la misma cantidad que ha recibido, supuesto que la tierra absorbe una parte; de todas maneras, lo cierto es que él debe usar de su derecho de modo que permita, en una justa proporción, á los propietarios inferiores el ejercicio de su derecho en las aguas. Por último, la corte restablece la disposición del art. 645, singularmente alterada por la corte de Tolosa. Desde el momento en que se traba disputa entre los ribereños, los tribunales tienen el derecho y el deber de reglamentar el uso del agua, lo que prueba que todos tienen derecho, en una proporción equitativa, al uso del agua que atraviesa ó ciñe los contornos de sus propiedades (1).

La corte de Montpellier, ante la cual se vió el negocio, ordenó que se procediese á un reglamento de aguas. Pero los considerandos están lejos de reproducir la doctrina que acaba de consagrarse la corte de casación. La sentencia dice que el derecho del propietario de las dos orillas es mucho más extenso que el de los ribereños de un solo lado; que, por lo mismo, no se podría admitir al propietario inferior á una distribución del agua, en la proporción de los predios respectivos. Unos peritos fueron comisionados para reglamentar la corriente del agua, teniendo en cuenta las necesidades de los predios que aquélla atraviesa.

1 Tolosa, 23 de Junio de 1840, y sentencia de casación, de 21 de Agosto de 1844 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 223, 4º).

saba. Nuevo recurso. Lo corte de casación, fiel á su sistema de moderación, desechó el recurso, á informe del consejero Mesnard, cuyo nombre hemos encontrado más de una ocasión en los difíciles debates que se suscitan sobre las corrientes de agua. Es preciso detenernos un instante en este informe, cuya doctrina ha sido aceptada por los autores más modernos. ¿Hacemos á un lado el reproche que el informante hace de actor en casación, de haberse apresurado demasiado, sin esperar la decisión definitiva sobre el reglamento del agua? La corte de Tolosa se lo había rehusado; la de Montpellier se lo concedió; éste fué el motivo que determinó á la corte de casación para desechar el recurso. Quien dice reglamento, dice conciliación; el art. 645 es el que pronuncia esta palabra, luego la corte de Montpellier no sacrificaba ningún interés, no desconocía ningún derecho.

El informante va más lejos; pone en duda la idea de una comunidad entre todos los ribereños, comunidad que implica un derecho igual. Según él, el texto da un derecho más extenso al ribereño superior cuya heredad es atravesada por la corriente. ¿Quiere decir esto que tenga derecho á absorber las aguas? Nô, porque en la discusión quedó reconocido que el propietario superior no podría apoderarse del agua con perjuicio de los ribereños inferiores; y precisamente para reprimir tal abuso, decía Tronchet, es por lo que los tribunales son llamados á reglamentar el uso del agua, fijando los días y las horas durante las cuales cada ribereño la usará (1). La conclusión del informante es que en esta materia no hay nada absoluto, no hay regla precisa, que todo se abandona á la prudencia

1 Sesión del consejo de Estado, de 4 brumario, año XII, núm. 9 (Loiré, t. 4º, p. 66).

de los tribunales (1). Esta es también la opinión de Demolombe (2).

291. Habiendo desechado la corte de casación el recurso contra una sentencia que, en sus considerandos, había reconocido al propietario superior derechos mucho más extensos que á los ribereños inferiores, se podía creer que tal era también la doctrina de la corte suprema. Hay, en efecto, algunas sentencias en ese sentido, que admiten que el propietario de las dos orillas tiene derechos de uso más extensos, aun respecto al volúmen de agua, á la vez que niegan que él pueda absorber las aguas (3). La corte de casación ha ido más lejos, casando dos sentencias de la corte de Dijon. Nosotros creemos que esta última jurisprudencia será la que obtenga la victoria. La corte proclama el principio que el consejero Mesnard había puesto en tela de juicio, el de la comunidad de los ribereños: el agua corriente, dice la corte, es una cosa común entre aquellos cuyas heredades limita ó atraviesa. Así es, que nada de distinciones entre los diversos ribereños, porque todos tienen un derecho igual sobre el agua. "Si el ribereño superior la emplea el primero, y si no está obligado á devolver la misma cantidad que recibió, debe, no obstante, respetar en justa medida, el ejercicio del derecho de los ribereños inferiores; él no puede absorber las aguas con perjuicio de éstos, ni aun para hacer más completa la irrigación de sus propiedades; de otro modo "el derecho de todos" se convertiría en el "privilegio de uno solo." Hé aquí el principio que dimana del texto combinado con la tradición y la discusión. Podía resultar sin duda que el agua sea insuficiente para satisfacer todas las necesidades

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Julio de 1846 (Daloz, 1847, 1, 281).

2 Demolombe, t. 11, p. 209, núm. 166.

3 Lyon, 25 de Noviembre y 13 de Diciembre de 1854 (Daloz 1856-82, 15 y 182).

y entonces será llegado el caso de arreglar el uso, de modo que se concilien los diversos intereses, así como lo quiere el art. 645 (1).

292. El art. 645 da al propietario que posee las dos orillas el derecho de cambiar, el curso del agua dentro de los límites de su dominio; pero debe siempre devolverla á su cauce ordinario, á la salida de su predio. Se pregunta si hay lugar á aplicar por analogía el artículo 643, que prohíbe al propietario de un manantial que cambie el curso de éste, cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que les es necesaria. Nosotros avanzamos la cuestión, porque excelentes autores lo han hecho, resolviéndola definitivamente (2). Nos parece que en esto hay una equivocación. El único objeto del art. 643 es impedir que el propietario de un manantial lo derive; ahora bien, el ribereño de una agua corriente, aunque atraviese su heredad, no tiene el derecho de cambiar su curso con perjuicio de los ribereños inferiores; la comuna que es ribereña no necesita, pues, del derecho excepcional que le da el art. 643; el derecho común le es suficiente. Y si surge contienda entre el propietario superior y la comuna acerca del volumen de agua que el primero quiere tomar, los tribunales harán un reglamento, siempre conforme al derecho común.

*d) Reglas comunes á todos los ribereños.*

293. Todo ribereño puede hacer trabajos para defender la heredad contra la acción de las aguas; éste es un derecho que se deriva de la propiedad y que no podría ponerse en duda. Del mismo modo, todo ribereño puede emprender las obras necesarias para el ejercicio del derecho de

1 Sentencias de casación, de 4 y de 17 Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 73).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 49 y nota 16.

uso que le otorga la ley. ¿El derecho de los ribereños es ilimitado? La propiedad, por absoluta que sea, tiene sus límites, como ya lo dijimos en otro lugar (1). Pero la dificultad consiste en saber si los principios generales reciben su aplicación á los trabajos ejecutados por los ribereños. Hay que distinguir si se trata de obras defensivas, entonces se está dentro del derecho común; porque el ribereño obra como propietario y para la defensa de su propiedad. El ejercita un derecho, y por lo mismo, debe decirse que no es responsable del daño que cause á otro ribereño, porque él no lesiona un derecho de los ribereños. Nosotros suponemos que los trabajos son defensivos, porque si fueran ofensivos, déjase entender que el ribereño sería responsable, supuesto que habría atentado al derecho de su co-ribereño (2). Si se trata de obras ejecutadas por un ribereño para emplear el agua, la cuestión es muy diferente. En este caso, el ribereño no procede ya como propietario; lo que es evidente, si se admite con la jurisprudencia que aquél no es propietario de la corriente de agua no navegable que ciñe ó que atraviesa su heredad. Aun cuando se reconociera á los ribereños un derecho de propiedad, ésta no es exclusiva sino que más bien es una co-propiedad. Coloquémonos en esta hipótesis que es la más favorable á los ribereños. Ellos ejecutan trabajos que causan un daño á otro ribereño; y ¿pueden decir que usan de su derecho, y que el que usa de su derecho no hace mal á nadie? Nō; porque es de principio común que un co-propietario no puede usar de la cosa común de modo que perjudique á su co-propietario. Luego el ribereño será responsable por el solo hecho de haber causado un daño á otro ribereño. Con mayor razón hay que decidirlo así, si no se reconoce á los ribereños más que el derecho

1 Véase el tomo 6º de esta obra, núm. 136.

2 Nîmes, 27 de Julio de 1829 (Dallez, *Propiedad*, núm, 578, 3º).

de usar de una cosa común que á nadie pertenece; déjase entender que, en esta opinión, el uso de uno de los ribereños no puede hacer daño al otro (1).

294. En los casos en que el ribereño es responsable de las obras que ejecuta, ¿aquel cuyo derecho esté lesionado puede promover inmediatamente la destrucción de las obras? Si son trabajos ofensivos, no es dudosa la afirmativa; porque tales trabajos son un atentado contra el derecho de propiedad del ribereño á quién amenazan, el cual no necesita esperarse á que esté causado el daño para pedir su reparación (2). Nosotros creemos que otro tanto debe decidirse cuando un ribereño ejecuta trabajos que comprometen ó impiden el uso común de los ribereños por más que de dicho trabajos no resulte un daño actual. Que el derecho de los ribereños sea un derecho de propiedad ó un derecho de uso, poco importa, porque de todas maneras es un derecho, y desde el momento en que se vulnera un derecho, hay acción. Se puede objetar que no hay acción sin interés, que el único de los ribereños es que no padecan perjuicio, y que este interés es aun todo su derecho. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que el ribereño no reclama daños y perjuicios; que el único objeto de su demanda es que se destruyan las obras que se ejecutaron sin derecho alguno. Y las obras se ejecutan sin derecho desde el momento en que impiden á los ribereños que usen el agua ó cuando amenazan con un daño. Por otra parte, los ribereños tienen un interés actual en impedir que un ribereño haga trabajos de que podría prevalecer en lo su-

1 Aubri y Rau, t.<sup>3</sup>, p. 51, nota 27, y las autoridades que ellos citan. Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1837 (Dalloz, 1858, 1, 86). Sentencia de casación, de 15 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 347). Bruselas, 7 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 66).

2 Riom, 10 de Febrero de 1830 (Dalloz, *Propiedad*, núm. 576).

sesivo, para reivindicar el uso exclusivo del agua á título de prescripción. Hay una sentencia de la corte de Bruselas en este sentido (1).

295. ¿Necesitan los ribereños de una autorización para emprender sea trabajos de defensa, sea obras destinadas á facilitar el uso del agua? Si existe un reglamento que prescriba la intervención de la administración, déjase entender que los ribereños deben observarle, porque la ley impone á los tribunales el deber de asegurar su ejecución (art. 645). Aun en ausencia de reglamento se decide, en Francia, que ningún dique ó barrera puede establecerse sin una autorización previa, y esta jurisprudencia ha sido sancionada por el decreto de 25 de Marzo de 1852 (2). En Bélgica, un acuerdo real de 28 de Agosto de 1820 resolvió la cuestión en el mismo sentido. El preámbulo comprueba que las leyes y reglamentos relativos á la policía de las corrientes de agua han sido siempre aplicados á las corrientes de aguas no navegables tanto como á los ríos navegables. Esto es confesar implícitamente que no hay ley formal sobre la materia. No obstante, la ley de 12 de Agosto de 1790, capítulo VI, confía á la administración la policía del agua, sin distinguir si es ó no navegable; y la ley de 28 de Septiembre de 1791 (tit. II, art. 16) obliga á los propietarios de molinos construidos y por construir á mantener las aguas á una altura que se fijará por el directorio de departamento; la administración ha podido armarse de estas disposiciones para hacer reglamentos sobre esta materia. Así pues, el acuerdo de 1820 hace veces de ley, declara aplicable á las corrientes de agua no navegables las leyes y reglamentos concernientes el establecimiento de molino en las corrientes de agua, y prohíbe que se ejecu-

1 Bruselas, 23 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 65).

2 Demolombe, t. 11, p. 214, núm. 272, y las autoridades que cita. Hay que agregar una sentencia de denegada apelación, de 11 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 468).

ten trabajos en estos ríos sin la autorización del poder competente, es decir, de la disfrutación permanente del consejo provincial (1).

296. Cuando una fábrica está regularmente establecida, ¿podrán los ribereños levantar, no obstante eso, obras que modifiquen el derrame natural del agua? En Francia se decide la cuestión en favor de las fábricas. Se ha fallado que los propietarios superiores no pueden retener el agua durante intervalos más ó menos largos, con detrimiento de las fábricas situadas hacia abajo. Se ha fallado, además, que los ribereños inferiores no pueden construir una barrera que haga refluir el agua á las ruedas de la fábrica situada río arriba. (2). Esta doctrina nos parece demasiado absoluta. Los diversos ribereños tienen un derecho igual en el uso del agua. Aun cuando una fábrica se estableciese con autorización administrativa, dicha autorización no le confiere ningún privilegio, porque es de principio que la administración decide sin perjuicio del derecho de los terceros. Más adelante volveremos á tratar la cuestión. Luego el establecimiento de una fábrica en nada cambia la condición de los ribereños. Ellos tienen el derecho de irrigación, y por consiguiente, el derecho de hacer las obras necesarias para usar el agua. Sólo que, con sus trabajos no pueden perjudicar á sus co-ribereños. Por su parte, los dueños de fábricas no pueden impedir que los otros ribereños empleen el agua, y por consiguiente, ejecuten barreras. Así, pues, hay dos derechos iguales en conflicto. Es llegado el caso de aplicar el art. 642, conciliando el interés de la industria con el de la agricultura; pero tampoco se puede subordinar el interés de la irrigación al de

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 9 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 390).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 51, notas 29 y 30.

las fábricas. Se ha fallado en este sentido que los propietarios de los molinos no tienen un derecho exclusivo en las aguas; que, á pesar del establecimiento de las fábricas, los propietarios ribereños tienen el derecho de usar del agua para la irrigación de sus propiedades. La ley de los días 15-28 de Marzo de 1790 pone, es cierto, la propiedad de los molinos bajo el amparo de la ley é intima á las municipalidades que cuiden de que sea respetada; pero, como lo dice la corte de casación, esto debe entenderse tanto de la conservación de los edificios y objetos materiales que forman parte de los molinos, como del derecho de usar el agua que los hace mover. Evidentemente que el legislador de 1790 no podía pensar en dar á los dueños de fábricas un derecho exclusivo sobre el agua, cuando acababa de abolir el régimen feudal que otorgaba á los señores el goce exclusivo de las aguas. Conforme al nuevo derecho, las aguas son la propiedad común de todos los ribereños.<sup>1</sup> Pero, agrega la corte suprema, el derecho del uno está naturalmente limitado por el derecho de los demás. El propietario cuyas praderas corren á la orilla del agua, tiene el derecho de servirse de ésta, á su paso, para la irrigación. Este derecho no atenta al de los ribereños que se sirven del agua para usos industriales. Si hay conflicto, los tribunales arreglarán los derechos respectivos de modo que los concilien (1).

Cuando hay varias fábricas en una corriente de agua, el conflicto puede surgir entre los dueños. La regla de decisión es siempre la misma. Ninguno de ellos tiene un derecho exclusivo al agua, y ninguno de ellos puede usar de su derecho de modo que dañe á otros. Síguese de aquí que si los trabajos emprendidos por uno de los ribere-

1 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Febrero de 1809, y sentencia de casación de 21 de Julio de 1834 (Dalloz, *Servidumbre*, número 252, 1º y 4º).

ños causan daño á los demás, hay lugar á indemnización, y si preciso es, á un reglamento (1).

297. El conflicto de los fabricantes y de los propietarios no estriba siempre en el volumen de agua y en los trabajos ejecutados para asegurarse el uso. Acontece que la industria altera el agua de que se sirve; de aquí querella de los propietarios inferiores. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo para decidir que el derecho de los ribereños no llega hasta corromper el agua de manera que la haga impropia para los usos domésticos, que son el destino primitivo y natural del agua corriente (2). ¿Quiére decir esto que deban transmitir el agua en su primitiva pureza á los ribereños inferiores? Esto equivaldría á hacer imposible el uso del agua para bien de las industrias, y aun para los usos domésticos. No puede lavarse la ropa sin que el agua se altere más ó menos. Luego no hay nada de absoluto en esta materia. Los tribunales podrán aplicar á las aguas corrientes lo que la jurisprudencia admite para las aguas de manantial; ellos harán una distribución del agua, permitiendo á un ribereño industrial que absorba una parte que le estará prohibido transmitir á los propietarios inferiores, de suerte que éstos recibirán siempre el agua que se les transmita, sin que esté alterada (3). Los tribunales pueden en esta materia usar del poder moderador que les dá el art. 645. Así es como se falló que aquél cuya heredad está atravesada por una agua corriente puede servirse de ella para el lavado de las minas; pero la corte lo ha obligado á hacer trabajos que despojen el agua de las materias terrosas que reciben por el lavado, y á limpiar el lecho del arroyo para prevenir los

1 Sentencia de 28 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1848, 1, 232).

2 Douai, 3 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 2, 167).

3 Rouen, 18 de Marzo de 1839, y 8 de Junio de 1841 (Daloz, 1845, 2, 168-169).

atascamientos (1). Es á veces difícil conciliar los intereses opuestos de los ribereños. Si el perjuicio de que se quejan los ribereños inferiores es poco importante, el juez puede decidir que es una incomodidad proveniente de la vecindad más bien que un abuso (2). Pero si el perjuicio es tal, que el uso abusivo de uno de ellos hiciere imposible el uso legitimo de los demás, habría lugar á prohibir un modo de usar el agua que sería incompatible con el derecho igual de los ribereños. Así es como la corte ed casación falló que el derecho de usar el agua implica para el ribereño superior la obligación de no hacerla imprópria sea para la irrigación, sea para los usos ordinarios de la vida, alterándola ó mezclándole substancias que la corrompan. En el caso jurídico relativo, el propietario había establecido un abrevadero en el cual lavaba y hacía bañar todos los días á sus caballos; el fallo atacado hacia constar que el agua enturbia de ese modo y corrompida ya no podía servir para la alimentación del hombre. La corte resolvió que los ribereños inferiores podían reprimir aquella empresa por la acción posesoria (3).

Estos principios reciben su aplicación al enriado del cáñamo y del lino. Daviel enseña que las autoridades locales encargadas de velar por la salubridad pública, podrían prohibirlo (4). Este derecho es incontestable desde el momento en que la salubridad pública lo exige. A falta de reglamento, los tribunales juzgarán conforme á los principios que acabamos de establecer, conciliando los intereses opuestos, si lo conciliación es posible, y prohibiendo si fuere preciso el enriado si la salud pública sufre con ello.

1 Bourges, 11 de Junio de 1828 (Dalloz, *Aguas*, núm. 390).

2 Caen, 20 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 294).

3 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Enero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 206).

4 Daviel, "De las corrientes de Agua," t. 2º, p. 275. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 360.

298. Se ha fallado por la corte de casación, como acabamos de decirlo, que los ribereños tienen la acción posesoria. En efecto, el agua corriente es susceptible de posesión; luego el ribereño tiene el derecho de hacer respetar su posesión, si es que ha poseído con las condiciones determinadas por la ley, es decir, si la posesión es de un año, pacífica y no á título precario. Ahora bien, la posesión de los ribereños no es precaria, puesto que tiene su causa en la ley. El principio es incontestable, y lo aceptan la doctrina y la jurisprudencia (1). La aplicación presenta dificultades en las cuales no podemos entrar, porque esta materia corresponde al procedimiento más bien que al derecho civil.

299. ¿Los ribereños pueden conceder el uso del agua sea á propietarios que no poseen ningún fundo en la orilla? Todos admiten que los ribereños pueden celebrar entre sí los convenios que gusten concernientes al uso del agua (2). Esto no tiene duda. Si se admite que son propietarios del agua corriente, por más que no se trate de una propiedad absoluta, ésta les da, no obstante, el derecho de disfrutar y de disponer, en tanto que no perjudiquen á sus co-ribereños; ahora bien, nosotros estamos suponiendo que los ribereños se ponen entre sí de acuerdo acerca del uso que les conviene hacer del agua; si los comunistas están de acuerdo, nadie tiene ya derecho á quejarse; más adelante diremos cuál es el efecto de tales convenios respecto á los que no son partes en ellos. Aun cuando los ribereños no tuviesen más que un derecho de uso, como éste se ha establecido únicamente en favor de ellos, nada les impide que los remuneren en provecho de otro ribereño. ¿Pero pue-

1 Demolombe, t. 10, p. 227, núm. 184. Dalloz, "Acción posesoria," núms. 29 y siguientes, y 189 y siguientes.

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 51 y nota 26. Duranton, t. 5º, p. 206, número 221. Demolombe, t. 11, p. 216, núm. 174. Sentencia de denegada apelación, de 2 de Agosto de 1827 (Dalloz *Aguas*, núm. 559, 1º).

den también hacer una concesión en provecho de persona que no sea ribereña? Esto es dudoso, aun en la opinión que les reconoce la propiedad de las corrientes de agua. Esta propiedad no es ilimitada, sino que es una cosa común á varias personas, y la cual, por propia naturaleza, sólo á los ribereños puede pertenecer. El texto se halla concebido en este sentido; no da el derecho del agua sino á aquéllos cuya propiedad está ceñida ó atravesada por ella. Lo mismo es respecto del espíritu de la ley: el ribereño es el que está expuesto al daño que las aguas ocasionen; luego él sólo debe aprovechar las ventajas que ellas mismas procuran. En vano se dice que cada uno puede renunciar á los derechos que le da la ley; cuando un derecho es inherente á la calidad de ribereño, este derecho no puede cederse á los que no son ribereños. La calidad de ribereño no se translada por vía de convención á los que nada poseen en la ribera, luego los derechos inherentes á la calidad de ribereño son igualmente incedibles á otras personas que no sean los ribereños.

Así lo hemos resuelto en el caso en que un ribereño quiere servirse del agua para una de sus heredades que no es ribereña y que no es contigua á un predio ribereño. Con mayor razón debe ser así cuando se trata de ceder el uso del agua á persona quo no sea ribereña. Se objeta que el caso es diferente. El que, además, de su predio ribereño, necesita regar una heredad no ribereña, necesita de un volumen de agua más considerable, y por consiguiente perjudica á los demás ribereños; mientras que poco importa á éstos que el propietario superior utilice él mismo el agua á que tiene derecho, ó que ceda su uso á terceros. Si el derecho al agua fuese un derecho absoluto, eso sería cierto. Pero los ribereños no tienen, en la opinión que les es más favorable, más que una propiedad limitada; ellos disfrutan del agua á título de ribereños. Luego el goce del

agua es inherente á esta calidad; es decir, que no puede pertenecer á aquéllos cuyas propiedades no están ceñidas ó atravesadas por el río. Concediendo el uso del agua á los que no son ribereños, se llama á disfrutar de una propiedad común á aquéllos que ningún derecho tienen á ella, y con esto se lastiman los derechos de los que no son copropietarios. Se necesitaría el consentimiento de todos los interesados para que semejante concesión fuese valedera.

Se objetan, además, las leyes nuevas sobre irrigación. Más adelante diremos cuál es el objeto de tales leyes, que no pueden invocarse para interpretar el código civil, porque no es ese su objeto. Ellas suponen que el propietario tiene un derecho al agua, y facilitan á éste los medios de usar de su derecho. ¿Quién tiene un derecho al agua? No son las leyes nuevas las que deciden la cuestión, sino el código civil. Luego cuando se interpreta el código civil, hay que hacer abstracción de las nuevas leyes (1).

e) *De las convenciones entre los ribereños.*

300. Los ribereños pueden disponer entre sí del uso del agua como se les ocurra. ¿Cuál será el efecto de tales convenciones? Hay que ver cuál es su objeto. El ribereño puede ceder á otro ribereño todo el derecho que tenga en el agua; el concesionario adquirirá, en este caso, el uso exclusivo del agua, respecto del cedente. Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de casación. Un predio atravesado por un arroyo fué comprado por un propietario vecino en un precio tan elevado, que era evidente que el objeto de la venta había sido, no algunos metros de terreno, sino el agua corriente de que el comprador necesi-

1 Los autores están divididos. Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, t. 3º, p. 15, nota 7; Demolombe, t. 11, p. 182, num. 151, y Dalloz, *Servidumbre*, num. 206.

taba para regar sus propiedades. Se falló que como el vendedor no había puesto ninguna reserva á su concesión, no habiendo precisado el volumen de agua por él enagenado, el comprador había adquirido el derecho de disponer del agua de una manera absoluta; de suerte que el vendedor, que también era ribereño inferior, ya no podía invocar el art. 644.

La sentencia de la corte de apelación va más lejos. Resuelve que el vendedor salía garante de la reivindicación que los demás ribereños podrían ejercer, en virtud del artículo 644, en el sentido de que estaría obligado á las indemnizaciones que el concesionario debería pagarles. Este último punto es muy dudoso; la corte de casación no lo ha recordado en su sentencia (1). En principio, el ribereño no puede disponer más que de su co-propiedad, y no tiene derecho para disponer de la propiedad de los otros ribereños; luego éstos pueden, después como antes de la venta, ejercer su derecho de ribereño, y si lo ejercen, el concesionario no tiene ninguna acción en garantía contra el vendedor. Sin duda que éste podría prometer que los demás ribereños no perturbaran el goce del concesionario; en este caso, si los ribereños no tenían en cuenta esta promesa, el vendedor debería pagar una indemnización al concesionario; luego al comprador, y no á los ribereños, como lo supone la corte de Nancy será á los que se deba la indemnización. En cuanto á los ribereños, sus derechos permanecen intactos; y no estando lesionados, ellos no pueden reclamar indemnización. Queda por saber en qué caso el ribereño que cede el uso del agua saldrá garante, en el sentido que acabamos de explicar. Para esto se necesitaría una causa expresa, porque es la promesa de ac-

1 Sentencia de Nancy, de 3 de Diciembre de 1831, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 225).

tos de otro, con la cláusula de que el que promete saldrá garante, arts. 1119 y 1120. Todo esto evidentemente que no puede presumirse.

301. El ribereño puede también limitarse á restringir los derechos que él tiene en virtud del art. 644. Así es, que el ribereño inferior tiene el derecho de exigir que el ribereño superior cuya heredad es atravesada por el agua, devuelva ésta á su curso ordinario, á la salida de sus predios; él puede renunciar á esta facultad. Si la renuncia es una abdicación completa de sus derechos, entra en la primera hipótesis; si es una simple restricción, en este caso, habrá servidumbre; el ribereño superior adquirirá el derecho de derivar el agua, lo que ya constituye una disminución de propiedad para el propietario inferior, y el derecho de imprimir al agua una corriente artificial, lo que igualmente constituye una carga para el predio inferior puesto que quedará obligado á recibir el agua, sin que baje naturalmente del fundo superior.

El ribereño tiene el derecho de servirse del agua á su paso, ó de usarla cuando atraviesa su predio, y puede ceder en parte ese derecho. Esta también es una restricción á su derecho de propiedad, y por lo tanto, una servidumbre. En nuestra opinión, acerca de la propiedad del agua no navegable, esto no es dudoso: el ribereño es propietario del lecho y de las aguas que lo suben, y al restringir su derecho de propiedad, grava su predio con una servidumbre. La jurisprudencia admite el mismo principio, aun cuando no reconozca á los ribereños la propiedad de las aguas corrientes. Esto puede justificarse. Ellos son propietarios de los predios ribereños; el uso del agua es una de las ventajas inherentes á esa propiedad; restringir ese uso, es desprender de la propiedad ribereña uno de sus atributos, luego es gravarla con una servidumbre.

302. Las numerosas sentencias dadas en esta materia

prueban que no escasean las dificultades. Sin embargo, el principio es sencillo é incontrovertible. Aquí se trata de las servidumbres convencionales. Luego las reglas que rigen los efectos de esta servidumbre deben recibir su aplicación. La primera regla que la ley establece es que el propietario del predio al que se debe una servidumbre tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usar aquélla y para conservarla (art. 697). Por aplicación de este principio, se ha fallado que el derecho de derivar el agua de un río para las necesidades de una fábrica ó la irrigación de un predio, por medio de un dique, implica el derecho de construir este dique con las condiciones las más eficaces. En el caso de que se trata, existía un antiguo dique de madera, por cuya hendidura se escapaba una buena cantidad de agua. El propietario de la fábrica lo reemplazó por un dique de mampostería. De aquí, querella del ribereño inferior que pretendió que las hendiduras se habían practicado intencionalmente para facilitar el regadío de las praderas inferiores. Si se hubiese probado el hecho, habría habido agravación de servidumbre á causa de la nueva construcción; pero la averiguación dió un mentis á tales pretensiones. Por lo mismo se volvía al derecho común, y la aplicación del art. 697 ya no era dudosa (1).

303. En el mismo orden de ideas, el art. 696 decide que al que establece una servidumbre se le considera como que ha concedido todo lo necesario para usar aquélla. Así, pues, dice el código, la servidumbre de sacar agua de la fuente agena implica necesariamente el derecho de paso. La corte de Colmar falló que la transmisión del agua, adquirida á título de servidumbre por el propietario de un molino, le daba un derecho de limpiar el canal, y por consiguiente,

1 Grenoble, 15 de Julio de 1867, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 17 de Junio de 1868 (Daloz, 1869, I, 12).

de depositar momentáneamente en la orilla la tierra proveniente de la limpia. En el caso al debate, ese derecho no se había ejercitado por mucho tiempo, porque la limpia no era necesaria. ¿Se podía sostener que el propietario dominante la había perdido por la falta de uso? Nō, porque él había conservado la servidumbre, y por consiguiente, el derecho de limpia que es inseparable de aquélla. La sentencia admite, no obstante, una restricción á ese derecho, y es que el propietario del fundo sirviente puede pedir que el tribunal fije las épocas de la limpia y normalice su ejercicio (1). Esta decisión está fundada en el espíritu de nuestra legislación. Se ve por el art. 701 que los autores del código han querido conciliar los intereses opuestos del propietario dominante y del propietario sirviente. Este poder de conciliación pertenece al juez, en todos casos en que las convenciones de las partes no han arreglado los derechos de éstos, así como sus obligaciones.

La corte de Riom ha hecho una aplicación muy juiciosa de estos principios en un caso en que el propietario del predio dominante reclamaba la servidumbre de paso por el predio sometido, como medio de asegurarse si el volumen de agua á que tenía derecho, se había transmitido realmente. Se ha fallado, en principio, que la concesión de una toma de agua implica el derecho de vigilancia en su corriente, á fin de oponerse á todo cambio que restriniese su goce. Como el derecho de vigilancia no puede ejercerse sino pasando por el predio sirviente, debe concluirse que el propietario dominante tiene dentro de estos límites, el derecho de paso. Pero este derecho no es un accesorio necesario de la servidumbre principal, como lo es, según el art. 696, para la servidumbre de toma de agua. Aquí también hay materia á conciliación. Si el propietario superior da al inferior un medio de comprobar de una

1 Colmar, 25 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 174).

manera patente que se le ha transmitido toda el agua á que tiene derecho, ya no hay razón para reclamar el paso, que á toda hora es tan incómodo y tan oneroso para los fundos sirvientes. Ahora bien, en el caso á debate, el propietario superior ofrecía construir y conservar en buen estado, á su costa, un canal para conducir el agua hasta el fundo dominante; ofrecía, además, al propietario de este fundo un sendero para llegar á la embocadura del canal, lo que le permitía vigilar en todo instante las dos extremidades del canal, y comprobar, por consiguiente, si el canal recibía y volvía toda el agua á la que tenía derecho (1).

Hay una sentencia de la corte de casación que á primera vista parece estar en oposición con las decisiones que acabamos de examinar. Un canal servía para conducir el agua derivada de un arroyo á tres propiedades diferentes; el canal no constituía, pues, una servidumbre de acueducto en provecho de un ribereño; todo lo que el actor reclamaba era el derecho de tomar el agua á su llegada á su fundo, y oponerse á todo cambio en su dirección y en su manera de disfrutarla. La toma de agua definida de ése modo daba el derecho de paso y de limpia en el fundo del actor? Esta cuestión especial y limitada á los hechos comprobados fué la que la corte de casación resolvió negativamente. El canal de irrigación estaba afecto, bien que en proporciones diferentes, al uso de los tres fundos que atravesaba; de lo que resultaba que cada uno de los tres propietarios tenían la obligación, salvo convenio en contrario, de la limpia y conservación de la parte de canal que estaba en su dominio, salvo la obligación de no emprender nada que pudiera perjudicar á los demás. Luego si por negligencia ó por negarse á operar la limpia en su fundo, uno de ellos estorbase ó restringiese el ejercicio del dere-

1 Riom, 24 de Enero de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 31).

cho de irrigación de los demás, éstos podían obligarlo á ejecutar los trabajos necesarios, ó á hacerse autorizar por el tribunal para ejecutarlos á expensas de aquél. El derecho de co-propiedad no va más lejos, salvo convenciones contrarias (1). Lo que establece la diferencia entre la sentencia de la corte de casación y las otras sentencias que hemos citado, es que en el caso de que se trata, había co-propiedad de un canal de irrigación, y que el derecho de limpiar y de vigilar pertenecía á cada uno de los ribereños en la parte del canal que atravesaba su propiedad; desde el momento en que uno de ellos no recibía el agua á la que tenía derecho, podía quejarse y proceder contra sus co-propietarios.

304. Según el art. 702, el que tiene un derecho de servidumbre no puede hacer ni en el fundo que debe la servidumbre, ni en el fundo al que se debe, cambio ninguno que agrave la condición del primero. Se pregunta si por aplicación de esta regla, el propietario de un predio gravado con una servidumbre de acueducto puede mezclarse en el uso que el propietario del predio dominante hace del agua. Esta es una cuestión de hecho: si el uso agrava la servidumbre, el propietario que la debe puede reclamar; si no la agrava, no hay lugar á reclamación. Se ha fallado que el propietario del predio que debía la servidumbre de acueducto no podía mezclarse en el uso del agua después de salida de su propiedad, porque no tenía ningún interés. En efecto, en el caso de que se trataba, no se alegaba que el propietario á quien se debía la servidumbre la hubiese agravado tomando una cantidad de agua mayor que aquella á que tenía derecho, ó haciendo construcciones que no fuesen necesarias para el ejercicio de la servidumbre;

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1854 (Dálloz, 1854, 1, 240).

ahora bien, sin interés no hay acción (1). En cambio, se ha fallado que el que tiene una toma de agua para la irrigación de un predio no puede servirse del agua para el movimiento de una fábrica, porque esto agravaría la servidumbre. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación fundada en que la cuestión era de hecho, y la apreciación de la corte de apelación era soberana (2).

305. ¿La servidumbre concedida por un ribereño le impide que use del agua, y por consiguiente, que tenga nuevas concesiones? En principio, hay que contestar negativamente, en el sentido de que la servidumbre no es una obligación de la propiedad, sino simplemente una restricción de su ejercicio; luego el propietario conserva el derecho de disfrutar y de conceder las nuevas servidumbres, con la condición, como se deja entender, de no atentar de ninguna manera á los derechos que otorga la primera concesión. Esto no da lugar á dudas (3).

*f). De la prescripción.*

306. ¿El derecho de los ribereños puede modificarse por la prescripción? En principio, la afirmativa no es dudosa. Los derechos que pueden normarse ó modificarse por medio de convenciones, están por esto mismo sujetos á la prescripción; ésta implica las más de las veces una convención preexistente. Podría objetarse la máxima según la cual el agua corriente siendo común á todos los ribereños, está por esto mismo colocada fuera del comercio, y es por lo mismo, inalienable e imprescriptible (núm. 269). La máxima es verdadera, pero únicamente en el sentido

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 294).

2 Grenoble, 28 de Agosto de 1856, y sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 297).

3 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 416).

de que el agua corriente se escapa á una apropiación exclusiva; lo que no impide que los ribereños tengan en ella derechos que se han comparado á la propiedad, derechos que en todo caso se hallan en el comercio, puesto que son objeto de convenciones, luego pueden prescribir.

Sin embargo, en muchas sentencias se lee que el derecho sobre el agua es imprescriptible; preciso es que veamos en qué concepto es esto cierto. Existen derechos que no se pierden por la prescripción, y que se llaman de pura facultad, porque es una facultad natural ó legal ejercerlos, y usarlos de esta ó de la otra manera. Luego no usar de estos derechos, de ninguna manera implica la voluntad de abdicarlos, de renunciarlos; así como tampoco puede iniciarse el uso contra aquél á quien no ha parecido bien hace de ellos un uso diferente. Ahora bien, allí en donde no puede suponerse ninguna voluntad de renunciar á un derecho, no puede tratarse de la extinción de este derecho por la falta de uso ó la prescripción; ¿cómo podía haber perdido su derecho no usándolo, cuando tenía la facultad de no usar? De suerte que podría decirse que al no ejercer su derecho, ha hecho uso de él (1). Tal es el derecho de los ribereños en el agua que ciñe ó atraviesa sus predios. Ellos no han usado desde tiempo inmemorial; ¿por esto han perdido su derecho? Nô; si ellos no han usado es porque no lo necesitaban; presentándose la necesidad, su derecho se abre; jamás han renunciado á él, su inacción no implica ninguna renuncia, supuesto que su misma inacción era un derecho. Poco importa que, por un tiempo inmemorial, otro ribereño haya usado el agua exclusivamente; él no ha podido adquirir por esa larga posesión un derecho exclusivo en el agua, porque su posesión no implica ninguna contradic-

1 Dumoulin, sobre el art. 1º de la "Costumbre de París," glosa 4, núm. 5. Demolombe, t. 11, p. 219, núm. 177. Aubry y Rau, t. 3º, página 52 y nota 34.

ción al derecho del otro ribereño, ninguna renuncia por parte de éste; él es un co-propietario que usa solo de una cosa común; la cosa no por eso deja de ser común, y el derecho de hacer uso de ella subsiste en provecho de aquél que todavía no se ha servido de ella, pero que puede servirse de un momento á otro.

Esta doctrina está consagrada por la jurisprudencia; vamos á limitarnos á citar una sentencia de la corte de cassación que la formula con toda claridad. "Los derechos, dice la corte, que la ley concede á los ribereños relativamente al uso del agua corriente, constituyen facultades que no podrían perecer por el no-uso, por prolongado que se le suponga" (1).

En la aplicación, se complica algunas veces la cuestión por las circunstancias particulares de la causa. Ordinariamente el debate se empeña entre un propietario que quiere servirse de la agua para la irrigación de sus predios y un dueño de fábrica que se ha apoderado del agua durante la inacción de los ribereños, y que pretende mantener ese goce exclusivo. En un negocio que se presentó ante la corte de Grenoble, el dueño de la fábrica reivindicaba la propiedad del canal como hecho por mano del hombre, lo que excluía á los ribereños del uso del agua. Después de hecha la averiguación y la vista de ojos, el juez de primera instancia resolvió que el canal no había sido construido por mano del hombre, y que, en consecuencia, había lugar á aplicar el art. 644 en provecho de los otros ribereños. La corte de apelación no participó por completo de esta convicción; érase, á lo que parece, uno de esos ríos cuyos antiguos señores habían modificado la corriente, sin duda por interés de un molino, porque atravesando

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 418). Compárese, Bourges, 8 de Enero de 1836 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 252, 2º). Lyon, 15 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158); Limoges, 25 de Julio de 1860 (Dalloz 1860, 2, 99).

varias tierras había servido para los usos de los ribereños; sábese que la jurisprudencia los asimila á las corrientes de agua naturales (núm. 267); lo que era decisivo en favor de los ribereños. El dueño de la fábrica suscita una nueva dificultad; reclamó el uso exclusivo del agua, como co-interesado de los antiguos propietarios pero no justificaba dicha pretensión. De suerte que, en definitiva, permanecía bajo el imperio del art. 644, lo que daba el triunfo á los ribereños (1).

307. La aplicación del principio de la imprescriptibilidad de la acción posesoria que corresponde á los ribereños da lugar á una dificultad más seria. Nosotros hemos dicho que el goce que los ribereños ejercen en virtud del art. 644 está protegido por una acción posesoria. La jurisprudencia se funda en que la posesión única del ribereño tiene una base legal; por lo mismo, implica un derecho y la ley que concede este derecho debe también mantener su goce. ¿Pero la acción posesoria pertenece igualmente al ribereño que de hecho se ha apoderado del uso exclusivo del agua, cuando, saliendo de su inacción los otros ribereños ejercen los derechos que les otorga el artículo 644? Ya no se puede decir que el goce del ribereño que de hecho ha usado sólo del agua sea un goce legal, porque la ley no le da el goce exclusivo de una cosa común, es al contrario, una posesión precaria supuesto que de un día á otro el ribereño que no ha usado del agua puede servirse de ella, en consecuencia, no hay lugar á la acción posesoria. Esto también se funda en la razón. No puede decirse que el ribereño que saliendo de su larga inacción se sirve del agua, perturbe la posesión exclusiva de su co-ribereño; no hay perturbación cuando se ejerce un derecho (2).

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

2 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1858

308. Hay que cuidarse de inferir que los derechos de pura facultad no perciben, que los derechos de los ribereños en el agua no pueden extenderse ó restringirse por la prescripción. Un ribereño puede ceder sus derechos en todo ó en parte á un ribereño; luego estos derechos están en el comercio, y por consiguiente, pueden ser objeto de la prescripción. No se rebate el principio, pero la dificultad consiste en saber con qué condición un ribereño puede prescribir el derecho sobre las aguas. Se necesita que haya una contradicción al derecho que el ribereño debe á la ley y del que en rigor puede no usar; la contradicción debe ser de tal naturaleza, que el derecho de pura facultad esté trastocado y cambiado en servidumbre. Síguese de aquí que el ribereño que quiere adquirir el derecho de servirse exclusivamente del agua, debe manifestar esa voluntad por un acto que ponga al co-ribereño en plazo para mantener su derecho, si es que no quiere renunciarlo. Si éste, en lugar de reivindicar el derecho que le pertenece en virtud de la ley, no promueve, si guarda silencio, cuando debiera rechazar las pretensiones de su co-ribereño como una usurpación, hay que creer que renuncia á su derecho; por lo mismo, la prescripción se hace posible (1).

La regla es cierta, pero queda por averiguar en qué casos y con qué condiciones hay contradicción al derecho de pura facultad y trastocamiento de ese derecho. Trátase de restringir un derecho, luego del establecimiento de una servidumbre. Para que una servidumbre pueda adquirirse por prescripción, se necesita que sea continua y aparente, que, además, la posesión tenga los caracteres exigidos por la

(*Dalloz*, 1858, 1, 297). La jurisprudencia y la doctrina concerniente á las acciones pacesorias en materia de corrientes de agua están resumidas en una nota de *Dalloz*, *ibid.*, p. 297.

1 Demolombe, t. 11, p. 221, núm. 178. Aubry y Rau, t. 3º, p. 52 y nota 34.

ley y que dure treinta años. En cuanto á las condiciones que se requieren para que una servidumbre pueda establecerse por la prescripción no hay duda alguna; sólo las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión. En el caso en cuestión, la servidumbre es continua y aparente, supuesto que la toma de agua se ejerce sin actos del hombre, y suponemos que se anuncia por medio de obras exteriores (1). Se objeta que no se trata de una prescripción adquisitiva á favor del ribereño que tiene el goce exclusivo del agua, sino que se trata para el ribereño de perder un derecho por el no-uso y por la contradicción que le opone su co-ribereño. Así es como autores excelentes entienden la prescripción en materia de corrientes de agua (2). A nosotros nos parece que no puede ser cuestión de la extinción pura y sencilla de un derecho de pura facultad; si se extingue, es porque otro ribereño adquiere el derecho que su co-ribereño pierde; y precisamente esta adquisición de un derecho exclusivo en el agua es lo que hace que se pierda el derecho que el co-ribereño debe á la ley. Así es como pasan las cosas cuando por convención un ribereño cede su derecho ó lo restringe en favor de un co-ribereño; ahora bien, la prescripción hace veces de convención, ó por mejor decir, implica una renuncia convencional. Luego la extinción del derecho del uno es la consecuencia de la adquisición que otro obtiene del derecho perteneciente al primero. Esto equivale á decir que la prescripción de que se trata es esencialmente adquisitiva. Hay, bajo este concepto, dos aguas corrientes, como dos aguas de manantial. El propietario del manantial no pierde su derecho de libre disposición del agua sino cuando

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Dalloz, 1845, 2, 161). Acerca del carácter de *contigüidad*, de la servidumbre de conducción de agua, véase, sentencia de denegada apelación, de 5 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 22). Si no hay *obras aparentes*, no hay prescripción (Grenoble, 17 de Mayo de 1864; en Dalloz, 1865, 2, 148).

2 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 52 y siguientes, y las notas.

el propietario inferior ha adquirido un derecho ó por título ó por prescripción. Del mismo modo, los ribereños de un arroyo no pierden los derechos que les otorga la ley sino por convención ó por prescripción.

309. La prescripción es, pues, esencialmente adquisitiva. Queda por saber cuál debe ser el carácter de las obras ejecutadas por el ribereño para que adquiera un derecho exclusivo en el agua. ¿Es suficiente que emprenda obras sea en su predio, sea en el de su vecino, y que dichas obras estén destinadas á conducir el agua á sus fundos? Se necesita, además, según el principio que hemos dejado establecido, que esos trabajos impliquen una contradicción á los derechos del ribereño contra el cual se quiere prescribir, lo que tiene lugar cuando los trabajos ponen al otro ribereño en la imposibilidad de emplear el agua. Así pasa cuando el ribereño superior se apodera, mediante unos diques, de un volumen de agua más considerable que aquél á que tiene derecho en virtud del art. 644; los ribereños inferiores, que no pueden servirse del agua desviada de tal manera, están por esto mismo en aptitud de repeler aquella usurpación, si es que quieren mantener su derecho (1). Poco importa en qué fundo se emprendan los trabajos; aun cuando se admitiera, cosa que nosotros no admitimos, que, en el caso del art. 642, los trabajos deben hacerse en el predio sirviente, no se podría aplicar esta disposición al uso de las aguas corrientes, porque la condición no tendría razón de ser. Lo que se necesita, en el presente caso, es que los trabajos constituyan una contradicción, y no podría haber contradicción más energética que la que pone al ribereño en la imposibilidad de usar de su derecho (2).

1 Sentencias de denegada apelación, de 23 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 294), de 26 de Julio de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 70), y de 11 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 468).

2 Pau, 27 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 183). En sentido con-

Por esto mismo, ciertos trabajos ejecutados por un ribereño inferior, aun cuando fuesen en el fundo superior, no serían suficientes para adquirir un derecho en el agua con perjuicio del ribereño superior. En efecto, tales trabajos no impiden que el ribereño superior use el agua; luego no sirven más que para facilitar al ribereño inferior el uso del agua; ahora bien, el ribereño inferior puede servirse del agua durante mil años, como lo expresa un antiguo autor, sin que este uso prolongado impida que el ribereño superior use del derecho que le otorgan la ley y la naturaleza. Luego no hay contradicción contra el derecho del ribereño superior, luego no hay prescripción. ¡Quiere decir esto que el ribereño inferior no pueda prescribir el uso del agua? Ciertamente que no. Solamente se necesita que sea exclusiva su posesión del derecho perteneciente al ribereño superior, y supuesto que los trabajos no son suficientes para eso, se necesitará además una acta judicial ó extrajudicial por la cual el ribereño declare formalmente que se opone á que el ribereño superior use el agua según el derecho que le da el art. 644. Esto se verifica ordinariamente cuando el ribereño superior pretende servirse del agua, y el ribereño inferior, perturbado en su goce exclusivo, intenta una acción posesoria invocando el derecho que tiene en el agua. Si él es mantenido en posesión, hay contradicción formal. Contenido desde ese momento, el derecho del ribereño superior queda trastrocado; él ya no puede decir que si no usa del agua, es porque tiene la facultad de usar ó de no usar, porque se le niega la facultad de usar, se le veda, y él se sujeta á esta prohibición. Es decir que él ha renunciado á su derecho. Por lo menos habría renuncia ó prescripción, si él permanece treinta

trario, Limoges, 25 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 2, 99). Grenoble, 17 de Mayo de 1864 (Daloz, 1865, 2, 148).

años sin ejercer su derecho ó sin reclamarlo judicialmente.

¿Se necesita indispensablemente que el ribereño inferior se ha ra mantener en posesión por una querella? Nó, y aun puede suceder que no logre hacerse mantener en posesión, teniendo ésta las apariencias de una posesión precaria. Para que tome el carácter de una posesión á título de propietario, es suficiente que por acto extrajudicial haga formal prohibición al ribereño superior de usar el agua. Si éste obedece á esta intimación, no puede ya invocar el derecho de pura facultad que debe á la ley; la prescripción comenzará á contarse en provecho del ribereño inferior. Esta doctrina se seguía ya en el antiguo derecho. Guy Coquille dice: "Las cosas que consisten en pura facultad pueden prescribir cuando ha habido prohibición de hacerlas y cuando asintiendo á esta prohibición, no se ha servido uno de la facultad durante treinta años."

¿Debe irse más lejos y admitir la prescripción en provecho del ribereño inferior por el hecho solo de que hubiese significado esa prohibición? ¿ó debe, además, justificar una posesión trentenaria que reuna las condiciones requeridas por la ley? De antemano hemos contestado á la cuestión. En nuestra opinión, la prescripción es adquisitiva, lo que es decisivo.

310. Estos principios se aplican no solamente al volumen de agua, sino también á la manera cómo los ribereños lo emplean. Durante un tiempo inmemorial, el propietario de un molino lo había hecho mover según el sistema de esclusas. ¿Puede él reemplazar este sistema reconocido como defectuoso por un sistema nuevo, poniendo en movimiento la rueda motriz por la corriente de agua dejada en libertad? Se supone que este cambio causa un perjuicio al propietario del molino inferior. Este pretende que el uso inmemorial del agua sègún cierto sistema constituye

una servidumbre á su favor. Esta pretensión fué desechada por la corte de Orleans, por hallarse en oposición con los principios que acabamos de formular, y que tiene su base en el texto mismo del código. El propietario de un predio atravesado por una corriente de agua puede servirse ó no servirse de ésta, porque su derecho es de pura facultad; por la misma razón, tiene la facultad de hacer éste ó el otro empleo del agua, y sólo está obligado á una cosa respecto al propietario inferior, y es devolver el agua á la salida de su predio, á su corriente ordinaria, no disminuida por un uso abusivo. El uso de un derecho de pura facultad no puede ser invocado por el ribereño inferior para basar en él una prescripción. En vano el dueño de la fábrica invocaría el poder moderador que el art. 645 da á los tribunales: este poder no llega hasta establecer una servidumbre allí en donde hay el simple ejercicio de un derecho de pura facultad. Tampoco puede sostenerse, como lo han hecho, que el uso prolongado tiene la fuerza de un reglamento, y que los tribunales deben observar los reglamentos, según los términos del art. 645. Un reglamento supone una autoridad pública que lo ha promulgado por un interés general; mientras que, en el caso de que se trata, hay simplemente una manera de usar el agua (1).

311. ¿Un establecimiento no autorizado puede invocar la prescripción? La acción de la autoridad pública nada tiene de común con los derechos de los particulares; ella interviene por un interés general y no por interés de aquél contra el cual corre la prescripción. Este no necesita de esa intervención para resguardar su derecho; él tiene treinta años para interrumpir la prescripción; si, durante este largo espacio, guarda silencio, debe suponerse que se ha

1. Orleans, 27 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57 y la nota). Compárese, Limoges, 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99).

celebrado una convención entre él y su co-ribereño; ahora bien, los propietarios entre sí son siempre libres para arreglar sus intereses conforme á sus conveniencias. Estas convenciones ó estas prescripciones que los tribunales están llamados á proteger ningún derecho quitan á la administración, que conserva toda su libertad de acción (1). Distinta es la cuestión de saber si una posesión contraria á un reglamento administrativo puede fundar una prescripción; más adelante insistiremos en esto, al tratar del poder reglamentario.

312. En lo que acabamos de decir, hemos supuesto que el debate se establece entre ribereños. Se pregunta si un propietario no ribereño puede prevalecerse de la prescripción. La doctrina y la jurisprudencia aceptan la afirmativa (2). Ni siquiera se discute la cuestión, tanto así parece evidente su solución. La opinión general admite que los no ribereños pueden adquirir por convención un derecho al agua; ahora bien, los derechos que pueden ser objeto de convenciones, caen también bajo el imperio de la prescripción. Pero si, como nosotros lo creemos, el derecho al agua sólo á los ribereños pertenece, si éstos no pueden cederlo á persona que no sea ribereña, entonces es difícil admitir la prescripción. Se necesitaría el consentimiento de todos los ribereños interesados para permitir á un no-ribereño que use el agua; luego si se invocase la prescripción, el que de ella se prevaleciese tendría que probar que él ha prescrito contra todos los ribereños. Sí, en realidad, se presumiera que todos los ribereños habían consentido en las empresas ejecutadas en una corriente de agua por persona no ribereña, la prescripción sería admisible. Fuera de este caso, poco probable, no creemos que la prescrip-

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 118).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 54 y nota 37. Lyon, 13 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 284).

ción pueda dar un derecho á una persona que no sea ribereña.

313. ¿Cuáles son los efectos de la prescripción? Se ha fallado que la prescripción da únicamente á quien la ha adquirido el derecho de participar del goce de la corriente de agua, pero que no priva al propietario contra el cual se invoca del derecho de servirse del agua que le pertenece en virtud del artículo 644. Esto es demasiado absoluto. Hay un antiguo proverbio que determina los efectos de la prescripción, según el carácter de la posesión “*tantum proescriptum quantum possessum.*” Por aplicación de este principio, la corte de casación ha resuelto que el que jamás había usado del agua sino durante cuarenta y ocho horas por semana no podía pretender un derecho ilimitado de irrigación (1). En cambio, si uno de los ribereños hubiese disfrutado exclusivamente del agua poniendo al co-ribereño en la imposibilidad absoluta de usarla, evidentemente habría prescrito el goce ilimitado del agua. Porque lo que puede adquirirse por convención, puede también prescribir. Ahora bien, nada impide que un ribereño enajene completamente su derecho al agua; si este derecho puede venderse, puede también prescribir. Así es que se puede adquirir por la prescripción, sea la propiedad del agua, en el sentido del artículo 644, sea una restricción en los derechos que uno de los ribereños tiene en virtud de esa disposición, es decir, una servidumbre. Los caracteres de la posesión serán los que decidan si hay adquisición de la propiedad ó una servidumbre. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre las aguas corrientes y los manantiales. Nosotros hemos enseñado que el propietario del manantial no puede transferir su derecho de usar del agua á voluntad, porque este

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 425).

derecho es inherente al predio en donde brota el manantial: el propietario inferior no puede, pues, adquirir más que una servidumbre en virtud del art 642; mientras que nada impide al ribereño que ceda á otro ribereño todo el derecho que le da el art. 644; lo que tambien decide la cuestión de prescripción.

*III. Poder reglamentario de la autoridad administrativa.*

*a.) Reglamentos generales.*

314. Se ha disputado á la administración el derecho de reglamentar las corrientes de agua no navegables. El artículo 644, hásé dicho, da á los ribereños un derecho absoluto de usar el agua, en el sentido de que el código no subordina tal derecho á una condición cualquiera que ella sea. Pero el art. 644 no puede separarse del art. 645 que es su continuación y su complemento. Ahora bien, según los términos de esta última disposición, si surge una contienda entre los propietarios á los que puede ser útil el agua, los jueces deben observar los reglamentos locales acerca de la corriente y del uso del agua. Por otra parte, existen leyes generales, las de 20 de Agosto de 1790, 6 de Octubre de 1791 y 4 floreal, año XI, que encargan á las administraciones departamentales que aseguren el libre curso del agua, y que la dirijan hacia un fin de utilidad general. Ciento es que tales leyes dan á la administración el derecho de expedir reglamentos sobre las corrientes de agua no navegables tanto como sobre los ríos navegab'es. La única dificultad está en precisar los límites de ese poder reglamentario; y las leyes que acabamos de citar incluso el código Napoleón, son de tal manera vagas, que le es imposible al intérprete decir en qué punto se detiene la intervención de la autoridad administrativa.

Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de

casación. Un prefecto expidió un reglamento referente al río Eura; ordenaba que se persiguiese á los que se permitieran desviar el agua á voluntad y prohibía que se hicieran sangraduras en el río sin previa autorización de la administración. Ante la corte de casación púsose en duda la legalidad de esas prevenciones. La ley de 1790, dijose, y las que posteriormente se dieron, conceden en verdad á los prefectos el derecho de tomar medidas de policía para asegurar el libre curso del agua, pero no les permiten que sujeten á una autorización previa el ejercicio de un derecho natural que el código consagra en el art. 644. El código da formalmente á aquél cuya heredad es atravesada por el agua el derecho de desviar su curso dentro de los límites de su propiedad, y ¿acaso un prefecto puede vedarles lo que la ley autoriza? El art. 644 da á los ribereños el derecho de servirse del agua para la irrigación de sus predios, y ¿acaso un prefecto puede modificar ese derecho sometiéndolo á la intervención de la administración? La corte de casación resolvió qué á la administración correspondía arreglar todo lo concerniente á la policía de las aguas y al orden público (1). La decisión es tan vaga como las leyes en que se apoya. Puede, además, citarse el art. 645 del código civil, que reconoce fuerza obligatoria á los reglamentos concernientes al *uso* del agua, lo que parece investir á la administración de un poder ilimitado. Sería necesaria una ley que tratase los límites dentro de los cuales puede ejercerse ese poder; el intérprete debe aplicar las leyes, pero no puede corregirlas.

En Bélgica la cuestión se complica, porque nuestra Constitución reconoce á los tribunales un poder más ex-

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Mayo de 1843 (Dalloz, *Aguas*, núm. 457). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, notas 60 y 61; y fallo del tribunal de Lieja, de 6 de Agosto de 1852, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 201).

tenso del que en Francia disfrutan. Conforme á los términos del art. 107, "las cortes y los tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos generales, provinciales y locales, sino en tanto que sean conforme á las leyes." Así, pues, los tribunales tienen el derecho y el deber de examinar si el reglamento cuya aplicación se pide ha sido expedido por la autoridad competente, dentro de los límites de sus atribuciones, y si dicho reglamento es conforme á las leyes (1). ¿Cuál es la autoridad encargada de hacer reglamentos relativos á las corrientes de agua navegables? Según la ley fundamental de 1815, la vigilancia del régimen de las aguas pertenecía á los Estados provinciales, art. 221. Nuestra Constitución no reproduce esta disposición, pero atribuye á los consejos provinciales todo lo que es de interés provincial, art. 108, núm. 2. Y ¿de qué manera saber lo que es de interés provincial? Naturalmente hay que recurrir á las leyes anteriores que han reglamentado los diversos objetos de interés local. Venimos á parar en la conclusión de que siempre la ley de 1790 y las otras leyes francesas que hemos citado, son las que determinan las atribuciones de los consejos provinciales en materia de corrientes de agua. La ley comunal no deja duda alguna acerca de este punto, puesto que impone la obligación al colegio de los burgomaestres y regidores de que manden conservar las aguas en buen estado, conforme á las leyes y á los reglamentos de la autoridad provincial (art. 90, núm. 12).

La Constitución y la ley provincial dan el poder reglamentario á los consejos provinciales. Al lado del consejo hay una diputación permanente que tiene también atribuciones en materia de corrientes de agua, pero que regu-

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 109), 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853 1, 101).

larmente no toma más que medidas de interés particular, respecto de las partes que contienden; son, no reglamentos, sino decisiones administrativas. Sólo por excepción las diputaciones permanentes ejercerán el poder reglamentario, en caso de urgencia y cuando el consejo no se ha reunido; lo que raras veces tendrá lugar (1).

315. Los consejos comunales tienen también un poder reglamentario en materia de vía pública, pero este poder no se extiende á las corrientes de agua, supuesto que leyes especiales atribuyen á la autoridad provincial el derecho de expedir reglamentos relativos á los ríos no navegables (2). En Francia se ha fallado en el mismo sentido, con esta reserva, no obstante, que la administración superior puede delegar sus poderes (3). En nuestro orden constitucional, tal delegación no se concibe; las atribuciones de las autoridades provinciales y locales las fija la ley, conforme á los principios establecidos por la constitución, y los poderes públicos no se delegan. Distinta es la cuestión de saber si un acuerdo tomado por la autoridad comunal y aprobado por la autoridad provincial competente tendría fuerza obligatoria según el rigor de los principios, habría que contestar también negativamente; porque un reglamento aprobado no viene á ser la obra de quien lo aprueba, y siendo incompetente el cuerpo de donde emana, realmente no hay acto reglamentario. La jurisprudencia se ha pronunciado, sin embargo, por la validez, en Francia y en Bélgica (4).

1 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Octubre de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 1, 158), y la requisitoria del procurador general Deuwandre (*ibid.*, p. 163).

2 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 30 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 299).

3 Sentencia de denegada apelación, de la sala criminal, de 1º de Octubre de 1846 (Dalloz 1846, 4, 441).

4 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 489). Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 108).

Cuando se dice que las autoridades locales son incompetentes para reglamentar las corrientes de agua, es bajo el punto de vista de la dirección del agua; pero hay intereses de policía que se confían á las comunas, tales como la seguridad y la salubridad públicas. Cuando se trata de uno de estos intereses, la autoridad municipal es competente para reglamentarlo por más que se trate de una corriente de agua. Así, cuando las aguas de los ríos se han hinchido exageradamente, ó bien cuando habitualmente presentan riesgos para los barcos, la autoridad local puede prohibir el paso de los ríos, sea durante un cierto tiempo en todo el curso del agua, sea para siempre en los puntos peligrosos. Expedidos estos reglamentos para garantir la seguridad de los ciudadanos, previniendo los accidentes que pudieran amenazar su vida, se toman dentro de los límites de las atribuciones que las leyes confían á las autoridades locales (1). Otro tanto debe decirse dé la salubridad pública (2).

316. Dejemos á un lado las atribuciones de las comunas en materia de corrientes de agua, porque son extrañas á los principios que por el momento estamos exponiendo. En cuanto á las autoridades provinciales, su competencia está regida por leyes que es importante transcribir, para que nuestros lectores comprendan las dificultades á que dan lugar. La primera ley es la de 22 de Diciembre de 1789, que está concebida en estos términos (sec. III, § 2, núm. 6): "Las administraciones de departamento tendrán á su cargo, bajo la autoridad é inspección del rey, como jefe supremo de las nación y de la administración general del reino, todas las partes de dicha administración, prin-

1 Sentencia de casación, de la sala criminal, de 16 de Octubre de 1835 (*Dalloz, Comuna*, n.º 1015).

2 Sentencias de casación, de 25 de Marzo de 1865 (*Dalloz, 1865*, p. 398), y de 8 de Diciembre de 1865 (*Dalloz, 1869*, 5, 336, n.º 6).

cipalmente..... 6º la conservación de los bosques, *ríos*, caminos." La ley, en forma de instrucción, de 12-20 de Agosto de 1790 (cap VI) precisa los derecho y deberes de las autoridades departamentales: "deben también indagar é indicar el medio de procurar el *curso libre de las aguas*, impedir que sean *sumergidas* las *praderas* por la demasiada elevación de las *presas, molinos y otras obras de arte* en los ríos; por último, de *dirigir*, en lo que sea posible, *todas las aguas* del territorio hacia un fin de *utilidad general*, según los principios de la *irrigación*." Viene en seguida la ley de 28 de Septiembre.—6 de Octubre de 1690 (tít. II, art. 16) que no hace más que aplicar la de 1790. "Los propietarios estarán obligados á mantener las aguas á una elevación que á nadie perjudique, y que fijará el directorio del departamento." Por último, el art. 645, al encargar á los tribunales que decidan las contiendas que se susciten entre los propietarios ribereños, quiere que sean observados los reglamentos locales sobre *corriente* y el *uso* de las aguas.

317. La ley de 1790 establece un principio general que está fuera de toda duda, y es que la administración no interviene sino con un propósito de *utilidad general*; si se suscita un debate entre los ribereños acerca del uso del agua sus diferencias son de la competencia de los tribunales, porque son concernientes á intereses puramente privados. Nada es más sencillo que este principio, que resulta de la separación y de la misión de los dos poderes llamados á ejecutar y á aplicar las leyes, el poder ejecutivo y el poder judicial. Los tribunales no funcionan sino cuando se les eleva una demanda, y ésta no puede existir sin interés; luego son intereses esencialmente privados los que tienen á su cargo los tribunales al resolver las disputas á que dan lugar. Mientras que el poder reglamentario de la adminis-

tración tiene por objeto intereses generales; cuando intervienen los consejos provinciales, es para arreglar *intereses provinciales*, como la expresa nuestra constitución, es decir, intereses concernientes á una generalidad de ciudadanos, ó como con más energía lo expresa el legislador de 90, *la utilidad general*. Si es sencillo el principio, no pasa lo mismo con su aplicación, que atañe á intereses particulares; los ribereños son objeto cuando la administración ejecuta sus reglamentos, y son objeto cuando los tribunales aplican las leyes ó reglamentos que hacen veces de ley. ¿Cuál es la línea de demarcación de los dos poderes, y cómo saber si es la administración la que debe intervenir, ó si los magistrados? (1).

318. Hay que ajustarse al principio de que la autoridad provincial administra y reglamenta intereses generales, aun cuando tome una medida que se refiera á intereses individuales. Desde el momento en que esos intereses entran en conflicto, ya no se trata de *intereses*, sino de *derechos*; la contienda debe llevarse ante los tribunales, que tienen la misión de mantener los derechos y las obligaciones. Una sentencia de la corte de casación ha formulado con toda claridad esa distinción: "Los reglamentos sobre corrientes de agua, dice la corte, corresponden exclusivamente á la autoridad administrativa, siempre que las consecuencias de tales reglamentos puedan afectar sea á un *interés general*, sea al *interés de terceros* que no son colitigantes, sea á un acto emanado de la autoridad administrativa para ordenar ó para prohibir ciertos trabajos; pero á la autoridad judicial corresponde intervenir en las contiendas entre particulares, cuando no implican más que la cuestión de saber cuáles *derechos* respectivos sobre una corriente de agua resultan por sí solos de las convenciones que aque-

1 Demolombe, t. 11, p. 238, núm. 109.

llos han consentido recíprocamente” (1). En otra sentencia se lee que “la autoridad administrativa rige las corrientes de agua por un “interés colectivo” de los ribereños, y que la autoridad judicial estatuye sobre las contiendas que se suscitan entre particulares con motivo del modo de goce de las corrientes de agua y de las empresas que en ellas pueden hacerse” (2).

Es de principio que el interés general domine al privado; luego cuando la administración reglamenta una corriente de agua, los ribereños no pueden atacar el reglamento ni dispensarse de observarlo, por razón de que lastima su interés privado (3). Pero la máxima que subordina el interés privado al interés general no significa que el poder administrativo pueda lesionar los derechos de los individuos tales como resultan, sea de la ley, sea de sus convenios. La administración no estatuye sobre los derechos y los reserva siempre en sus prevenciones; si se suscita un debate sobre los derechos de los individuos, la administración es incompetente; sólo los tribunales tienen misión para resolver la contienda.

319. Sábase que en Francia la administración tiene un poder mucho más extenso que en Bélgica. La autoridad administrativa es usurpadora por naturaleza. En más de una ocasión el consejo de Estado ha debido intervenir para reprimir los excesos de poder de los prefectos. No será inútil citar algunos rasgos de dichas usurpaciones, an-

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Julio de 1839 (Dalloz, *Aguas*, núm. 563, 10º).

2 Sentencia de casación, de 16 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, I, 359).

3 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Febrero de 1870, de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1870, I, 261). “Las disposiciones dictadas por la administración, obligan á todos los habitantes del país, y nadie puede infringirlas con el pretexto de que lastiman un interés privado.” Compárese, sentencia de denegada apelación, de 4 de Abril de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, I, 194).

tes de abordar las dificultades que se han presentado ante las cortes de Bélgica. Un descendiente de un mariscal del Imperio posee hoy día unas tierras que en otro tiempo pertenecían á madame Pompadour. El agua traída al parque forma cascadas, juegos de agua que constituyen uno de los grandes placeres de la propiedad. Surgieron algunas dificultades entre el propietario y los ribereños inferiores acerca del uso del agua, y el tribunal cometió el error de declararse incompetente. Intervino entonces un acuerdo del prefecto, y he aquí algunas de sus disposiciones: intimó al duque de Coneglians que demoliese una parte de la pared de la cerca de su parque y que la reconstruyese de modo que hiciese constantemente visibles y accesibles, sea para el guarda-río, sea para los ribereños interesados, diversas obras, cuyo establecimiento creyó el prefecto que debía ordenar en el interior del dominio. El acuerdo llegaba hasta reglamentar la forma y el juego del surtidor en sus más minuciosos detalles. ¿Qué vendría á ser la libertad de domicilio si se dejase obrar á la administración? Nuestras viejas costumbres decían que: "el miserable es rey en su propia casa." Nunca olvidemos que la libertad del individuo constituye su vida. El consejo de Estado anuló el acuerdo del prefecto, no sólo por sus increíbles excesos sino por haber desconocido los límites del poder administrativo, el cual no puede arreglar sino los intereses públicos ó colectivos con un propósito de interés general (1).

1 Decreto de 19 de Junio 1863 (Dalloz, 1865, 3, 19). Compárese, decreto de 4 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1855, 3, 11), que formula con toda claridad el principio. "Si los prefectos tienen el derecho y el deber de reglamentar, con un propósito de *policía y de utilidad general*, el régimen de los molinos y fábricas establecidas en los ríos no navegables, no les corresponde en ningún caso decidir sobre *derechos privados e individuales*." Estando tales decisiones manchadas con exceso de poder pueden ser anuladas por la vía contenciosa, según la legislación francesa, es decir por un decreto emanado del consejo de

320. ¿Debe inferirse de esto que la administración es incompetente desde el momento en que se trata de un interés individual? La cuestión se presentó en un asunto que tuvo prolongada resonancia, habiendo dado lugar á tres sentencias de la corte de casación de Bélgica. Cuando el negocio volvió por la tercera vez ante la corte suprema, el tribunal de Charleroi se había rehusado á aplicar un acuerdo de la diputación permanente de Haimant que fijaba la altura de la vertiente de salida de una fábrica. Esta fábrica gozaba de una retención más considerable; un ribereño solo se quejó, por interés particular; el consejo de puentes y calzadas reconoció que la altura de las aguas en nada afectaba al interés público, lo que no impidió que la diputación la redujese. Al tribunal parecióle que la diputación se había salido de sus atribuciones decidiendo sobre un debate entre dos dueños de fábrica, concerniente á la altura en lo cual uno de ellos pretendía retener el agua. "Si es cierto, dijo el tribunal, que á la diputación corresponde arreglar todo lo referente al interés público de la provincia, también lo es que no tiene calidad para dar decisiones acerca de las pretensiones individuales á las que el interés general es, como en el presente caso, completamente extraño" En consecuencia, el tribunal rehusó aplicar el acuerdo, en virtud del art. 108 de la Constitución por cuyos términos las cortes y tribunales no pueden aplicar los reglamentos sino en tanto que estén conformes á las leyes.

Este fué casado. Ciento es que la diputación tenía el derecho de fijar la altura del agua; la ley de 1791 que hemos citado es formal; pero se pretendía que la diputación no podía hacerlo sino por un interés general, siendo así que había dado su resolución sobre la reclamación de un

Estado. (Véanse las autoridades citadas en Aubry y Rau, t. 3º, página 60, nota 65).

dueño de fábrica, y por lo tanto, en un interés puramente privado. La cuestión estaba mal planteada. El interés general no impide que haya intereses privados; porque ¿acaso el interés general no es otra cosa que la suma de los intereses privados? Poco importa, pues, que la administración determine sobre la reclamación de un ribereño y que la decisión á proveche á este ribereño. Lo que había que examinar, era si la diputación habría resuelto una contienda. Ahora bien, la contienda presupone derechos, y en el caso que nos ocupa, el quejoso no reclamaba ningún derecho en el agua, sino que únicamente sostenía que la altura del agua le causaba un perjuicio. El había podido llevar su querella ante los tribunales y pedir un reglamento de agua. La administración, conociendo de la querella, no resolvió cuál de los dos fabricantes tenía razón, y expidió un acuerdo que ni siquiera hace mención de los derechos que los ribereños pueden tener en el agua; fijó la altura de ésta porque para ello tenía derecho, y tuvo cuidado de agregar que aquella medida tenía por objeto evitar las inundaciones de las propiedades ribereñas. ¿Apreciaba ello bien ó mal el interés general que invocaba? El tribunal no tenía misión de examinar esta cuestión, porque no corresponde al juez criticar los actos que la administración lleva á cabo dentro de los límites de sus atribuciones (1).

321. Acabamos de decir que en el caso presente, el que, joso habría podido llevar su demanda ante los tribunales- se entiende que para reglamentar los derechos de los ribereños en el agua, pero no para que los jueces fijen la altura á la cual puede uno de los ribereños mantener el agua; este derecho pertenece exclusivamente á la autoridad ad-

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 5 de Noviembre de 1855, y las conclusiones conformes de M. Faider, procurador de justicia (*Pasiorisja*, 1855, 1, 438).

ministrativa (1), en Bélgica á la diputación permanente. Esto es lo que dice la ley de 1791. La aplicación ha dado lugar á una dificultad que ha sido resuelta por la corte de casación. Un acuerdo, que autoriza el establecimiento de un molino, fija la altura de la retención del agua y ordena que se hunda en la piedra un clavo de señal, con intervención del ingeniero en jefe y del burgomaestre. El concesionario excede el límite; pretendía que el clavo se había fijado más abajo de lo que habría debido serlo. Esta pretensión, desechada por la corte de Bruselas, fué reproducida ante la corte de casación. Se falló que la altura del agua sólo la administración puede fijarla, porque á ella es á la que corresponde cuidar de que el agua, por la demasiada elevación, cause algún daño en los caminos, en las propiedades ribereñas y en las fábricas. Esta es, pues, una cuestión de interés general, por más que figure un interés individual; pero este interés particular no permitía intervenir á los tribunales, porque para decidir á qué altura debe retenerse el agua, habrían debido consultar el interés general, cosa que no es de su incumbencia (2).

Teniendo la administración el derecho de fijar la altura del agua, tiene por esto mismo el poder de imponer á los ribereños los trabajos necesarios para impedir que aquella se tenga encima de la altura prescrita. Esto también se ha rebatido; pero una vez admitido el principio, hay que aceptar todas sus consecuencias, y ésta es tan evidente que es inútil insistir (3).

El principio mismo ha sido rebatido. Se ha sostenido que los reglamentos provinciales que prohíben á los rive-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 58, nota 55, y las autoridades que citan.

2 Sentencia de denegada apelación, de 6 de Junio de 1834, de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1834, 1, 232). Compárese, Bruselas, 31 de Diciembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 164).

3 Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 101).

reños elevar sus aguas encima del clavo de orqueta son ilegales. Según los términos del art. 85 de la ley provincial, los reglamentos y ordenanzas de los consejos provinciales no pueden tener por objeto materias regidas ya por una ley sobre la materia, y es el art. 457 del código penal que prevee el caso en que los dueños de fábricas elevasen la vertiente de salida más allá de la altura determinada por la autoridad competente. El código penal no castiga este hecho sino en tanto que la sobre-elevación del agua hubiese inundado los caminos ó las propiedades ajenas. De aquí se ha sacado la consecuencia de que un reglamento que castiga el hecho solo de la sobre-elevación del agua, aun cuando no hubiese inundación, es contrario al art. 457, y por lo tanto ilegal. La corte de casación ha condenado esta falsa interpretación. No se puede disputar á la administración el poder de fijar la altura del agua; ¿y qué sería de este derecho si los acuerdos careciesen de sanción? Ahora bien, el art. 457 no tiene por objeto sancionar los reglamentos provinciales concernientes á las aguas; su único objeto es castigar un hecho perjudicial. Luego no hay violación de este artículo cuando un consejo provincial establece una pena para una contravención, haciendo abstracción de toda inundación, siendo los dos hechos esencialmente distintos. Por lo mismo, no puede decirse que los reglamentos administrativos son contrarios á la ley (1).

322. Han surgido otras reclamaciones contra los acuerdos de las diputaciones permanentes que bajan la altura de las vertientes. En un caso juzgado por la corte de casación, se trataba de una fábrica vendida por el Estado á la casa de Arenberg, el 14 de Noviembre de 1652. Hacía dos siglos que el propietario explotaba aquel molino con

1 Sentencia de casación, de 9 de Enero de 1854 de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1854, I, 46).

una vertiente que le aseguraba una fuerza motriz sin la cual no podía marchar, cuando en 1853 la diputación permanente redujo la altura del agua. De aquí un pleito. El actor sostuvo que se le privaba de una parte esencial de su propiedad, lo que, según la constitución y las leyes, no se podía hacer sin indemnizárlo. La respuesta era muy sencilla y perentoria. ¿Se puede oponer la posesión, aun cuando sea inmemorial, al Estado encargado de administrar las aguas? No se prescribe contra el interés público, porque lo que se llama así es en realidad un deber que el Estado cumple, y no se prescribe contra un deber. La administración tiene, pues, á toda hora el derecho, ó por mejor decir, el deber de reglamentar el curso de las aguas por interés general. ¿Debe ella una indemnización á los que son lesionados por sus actos? Difícil es concebir que se deba una indemnización cuando sólo se ha cumplido un deber. El Estado que expropia debe una indemnización, porque en este caso, adquiere un terreno; siendo comprador y obligando á vender al propietario, justo es que pague el precio.

En este debate se han prevalido de la ley de 16 de Septiembre de 1807, cuyo art. 48 dice: "cuando, para ejecutar una desecación, la apertura de una nueva navegación, un puente, sea necesario suprimir molinos ú otras fábricas, moverlos de su luga, modificar ó *reducir la elevación de sus aguas*, se hará patente dicha necesidad. El precio de la estimación lo pagará el Estado, cuando emprende los trabajos....." Basta leer esta disposición para convencerse de que nada tiene de común con el ejercicio del poder reglamentario, en materia de corrientes de agua. El Estado que construye un canal adquiere una propiedad á expensas de los ribereños. Cuando modifica el régimen de las fábricas por interés de la nueva vía de navegación que

abre, justo es que indemnice á los propietarios, porque él es el que se aprovecha de los trabajos que ejecuta. ¿Pero cuándo la administración disminuye la altura de agua de una fábrica por un reglamento, adquiere un derecho nuevo? Ella nada adquiere, sino que cumple un deber. Así pues, se está enteramente fuera del texto y fuera del espíritu de la ley de 1807 (1).

323. ¿El derramamiento libre del agua es el único motivo de interés publico que permite á la administración reglamentar las corrientes de agua no navegables? Se pregunta si puede reglamentar el uso del agua bajo el punto de vista de la irrigación. La afirmativa no es dudosa, puesto que la ley de 12-20 de Agosto de 1790, que le da el derecho de dirigir todas las aguas hacia un fin de "utilidad general," agrega: "según los principios de la irrigación" (2). Es también un interés público, y el primero de todos, el que por lo menos citan los autores del código civil, preferentemente, el interés de la agricultura; y se trata de conciliar este interés con el de la industria, igualmente vital. Verdad es que el art. 645 pone á cargo de los tribunales el conciliar estos intereses diversos, pero agrega que, "en todos los casos deben observarse los reglamentos particulares y locales sobre la corriente y el uso de las aguas." Luego cuando la autoridad administrativa ha dado un reglamento, á los tribunales no les queda más que el deber de asegurar su observancia. La corte de casación de Francia ha aplicado este principio á una corriente de agua hecha por mano de hombre; pero dicho canal conocido con el nombre de *Alarico*, es una derivación del Adour; luego es una agua pública y no una propiedad privada; existen en él cincuenta y dos fábricas, y sirve ade-

1 Ssentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 10 de Julio de 1855 (*Pascrisia*, 1855, 1, 315).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, nota 61 y las autoridades que allí se citan.

más para la irrigación de las praderas y para las necesidades domésticas de las comunas, que atraviesa en una extensión de más de setenta kilómetros. Evidentemente que hay un interés general en arreglar el uso del aguá que sirve para tantas necesidades, cuando intereses, en apariencia opuestos, se cruzan y se entrechocan (1).

324. Las sentencias que acabamos de analizar admiten que la administración puede también reglamentar las corrientes de agua por interés de la industria. Es verdad que las leyes que hemos citado no hablan expresamente de los intereses industriales, poco desarrollados á fines del siglo XVIII, pero tampoco los excluyen. La expresión de “utilidad general” de que se sirve el legislador, abarca todos los intereses. Esto no es dudoso en cuanto á la industria y á la salubridad pública. Hay otro interés general que suscita una singular dificultad. Las aguas corrientes de que habla el art. 644 son ríos no navegables. Se pregunta si la administración puede prescribir á los ribereños medidas que tengan por objeto favorecer la navegación. En Francia, el consejo de Estado resolvió la cuestión negativamente en el siguiente caso. Existen algunos ríos no navegables, cuyas aguas en la época del reflujo del mar se elevan suficientemente para hacer posible una navegación momentánea; los ribereños aprovechan esta circunstancia para transportar sus cosechas y los objetos útiles para su explotación. A fin de favorecer esta navegación intermitente, un acuerdo prefectoral intimó á un ribereño que no estableciera en la corriente del agua más que un puente giratorio, y ordenó á todos los ribereños que dejassen en las orillas un andén para desembarcadero; por último, re-

1 Sentencia de casación, de 22 de Enero de 1858, y la requisitoria del procurador de justicia Dupin (Dalloz, 1858, 1, 89). Sentencia de casación, de la cámara criminal, de 3 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1858, 5, 157; núm. 15). Sentencia de denegada apelación, de la cámara criminal, de 7 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 5, 122).

glamentó las obligaciones de éstos en cuanto á la limpia, siempre teniendo en cuenta la navegación. El consejo de Estado anuló esos reglamentos, resolvió que la administración no podía tomar medidas en interés de la navegación de una corriente de agua, en tanto que ésta no se declare navegable (1). Este decreto está en armonía con la doctrina que hemos expuesto en otro lugar sobre la propiedad de las corrientes de agua no navegables (2). Estas no son vías de navegación; luego no están destinadas á la navegación; restringir los derechos que la ley concede á los ribereños en vista de la navegación, es imponerles servidumbres por este capítulo, es atentar á su propiedad, ó por lo menos al derecho de uso, que es también una especie de propiedad. Hay una sentencia de la corte de casación de Bélgica que parece contraria á esta opinión. Ella ha fallado que la diputación permanente puede ejercer su poder reglamentario por interés de la navegación tanto como por interés de las propiedades ribereñas á las cuales pueden dañar las aguas por su demasiada elevación (3). Pero había, además, otros intereses en juego; de suerte que la cuestión no se presentaba tal como la decidió el consejo de Estado. De todos modos, lo cierto es que no es exacto decir que los derechos de los ribereños pueden modificarse por motivos cualesquiera de utilidad pública; se necesita al menos que estos motivos estén en relación con el destino de los ríos. En este sentido es como la ley de 1790 dice que deben "dirigirse las aguas hacia un fin de utilidad pública," y la navegación no tiene, en verdad, relación con los ríos no navegables.

325. Por aplicación de estos principios, el consejo de

1 Decreto del consejo de Estado, de 12 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 3, 172).

2 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 15 y siguientes.

3 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Octubre de 1856 (*Pasicrisja*, 1857, 1, 26).

Estado ha resuelto que la administración no tiene el derecho de modificar el ancho y el régimen de las corrientes de agua no navegables, con el fin de regularizar y agrandar un paseo que una comuna se propone establecer á lo largo de un río. Esto no es, dice el consejo, asegurar el derramamiento libre del agua con un fin de policía y de utilidad general (1) En el caso de que se trataba, había oposición por parte de un ribereño que pretendía tener derecho al uso y á la propiedad de dichas aguas. En efecto, según el art. 644, todos los ribereños tienen derecho al uso de las aguas corrientes.

Hay aguas que son propiedad privada, y éstas son los canales artificiales que sirven para el movimiento de las fábricas. Se pregunta si la administración puede reglamentarlos con un fin de utilidad general, por ejemplo, para prevenir las inundaciones. La afirmativa está consagrada por la jurisprudencia del consejo de Estado (2). Hay un motivo para dudar. ¿La autoridad administrativa tiene el derecho de mezclarse en el ejercicio del derecho de propiedad? Ciertamente que no; por esto es que se ha admitido aun en Francia, que la administración no tiene el derecho de reglamentar los manantiales (núm. 179). Certo es que la ley de 1790 dice que *todas* las aguas deben dirigirse hacia el fin de utilidad general, pero esta disposición supone aguas públicas, aguas corrientes, como lo expresa el art. 644 del código civil; lo que prueba que no se puede hacer extensiva á las aguas privadas, es que no se aplica á los manantiales. En el caso juzgado por el consejo de Estado, se trataba del canal de un molino. Esto cambia la cuestión: si se admite con la doctrina y la jurisprudencia que la administración tiene la policía de las fábricas, debe también reconocerles el derecho de regla-

1 Decreto de 18 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 3, 19).

2 Decreto de 24 de Enero de 1856 (Dalloz, 1857, 3, 19).

mentar el agua que las hace mover, porque precisamente con motivo del agua se le permite que intervenga. Nuestra conclusión es, pues, que la autoridad administrativa no tiene el derecho de reglamentar las corrientes de agua privadas, á menos que sirvan para impulsar una fábrica.

326. ¿El poder reglamentario está ligado y limitado en su ejercicio por las posesiones y las convenciones de los ribereños ó por los fallos que han arreglado sus derechos? La negativa está universalmente admitida por los autores y por la jurisprudencia. A primera vista, esta doctrina sorprende y casi choca con nuestras ideas sobre la propiedad. En nuestra opinión, los ribereños son propietarios de las corrientes de agua no navegables; por lo menos, según la opinión general, tienen en ellas un derecho de uso que está en su dominio, supuesto que se les permite que dispongan de él. ¿Se concibe que la autoridad administrativa reglamente derechos privados, sin tener en cuenta ni las convenciones de las partes interesadas, ni la prescripción, ni los fallos? De antemano hemos contestado á la objeción. Aun suponiendo que los ribereños tengan la propiedad de las aguas corrientes, esta propiedad está subordinada al interés general, no es la propiedad absoluta del art. 544. Ahora bien, le sería imposible á la administración comparar el interés público si debiera respetar las posesiones, las convenciones y los fallos que las reglamentan; porque precisamente el estado de cosas que resulta de estos hechos en lo que ella quiere modificar, y lo que tiene misión y poder para modificar. Hé aquí por qué, cuando ella ha dado un reglamento, los tribunales están obligados á observarlo y á aplicarlo. En razón de que el uso del agua se relaciona con la utilidad general, es por lo que la ley ha encargado á la administración que lo reglamente. Aquí puede decirse que el derecho de la sociedad domina sobre los derechos de los individuos, porque

los derechos de éstos son concernientes á cosas que por su naturaleza quedan sometidas á la acción de la autoridad pública (1). En este sentido es como se ha fallado por la corte de casación que “los reglamentos á contar desde su publicación, vienen á ser la ley de los ribereños y que sus prescripciones se sustituyen de pleno derecho, á todas las maneras de goce de las aguas que hasta entonces habían pertenecido á los ribereños, sea en virtud de títulos, sea de cualquiera otra manera;” que todos los derechos anteriores “se borran con las decisiones prefectorales que deben solas y exclusivamente servir de norma á los ribereños” (2). La jurisprudencia del consejo de Estado es idéntica (3). Esto supone, como lo hemos dicho, que el objeto del reglamento es modificar el estado de las posesiones, que resulta de los títulos, de la prescripción ó de los fallos. Puede suceder que el nuevo reglamento mantenga los antiguos títulos, en el sentido de que estas disposiciones se concilien con los títulos particulares. Claro es que un reglamento podría reservar expresamente los derechos fundados en títulos, y aun puede ser implícita tal reserva, porque la administración no debe poner la mano en los derechos de los individuos sino cuando hay necesidad pública: así lo ha fallado la corte de Rouen (4).

327. ¿Si un ribereño se pretende lesionado por un reglamento, puede pedir daños y perjuicios? La cuestión se presenta bajo diversas faces. Se puede, en primer lugar, preguntar si un ribereño tiene derecho á una indemnización contra el Estado, cuando un reglamento lo despoja de un

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núms. 1521-1525. Demolombe, t. 11, p. 240, núm. 199.

2 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 43).

3 Ordenanzas de 17 de Enero de 1831, de 20 de Octubre de 1830, de 13 de Noviembre de 1835 y de 13 de Febrero de 1849 (Dalloz, en la palabra *aguas*, num. 467; 465, 1º; 470, 2º; 500, 1º; 406, 2º).

4 Rouen, 13 de Diciembre de 1824 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 339).

goce que ha tenido durante un tiempo más ó menos largo. Ya hemos contestado la pregunta, núm. 322: el Estado no puede estar obligado á pagar una indemnización cuando cumple un deber y cuando no vulnera ningún derecho, porque los ribereños no tienen derecho absoluto que puedan oponer al Estado. Distinta es la cuestión de saber si uno de los ribereños puede promover contra un co-ribereño. Aquí hay que distinguir un primer punto si es cierto: si se han celebrado algunos convenios entre ribereños, y si de ellos resulta una acción de garantía, de restitución de precio ó de daños y perjuicios, déjase entender, que el reglamento no quita á las partes interesadas el derecho de proceder judicialmente (1). La verdadera dificultad es esta. El reglamento priva á un ribereño de una parte del agua de que disfrutaba y la atribuye á otro ribereño; ¿puedé el primero promover daños y perjuicios contra el seguido?

Se ha fallado que el uso del agua da lugar, entre ribereños, á derechos que resultan de títulos ó de la prescripción; que esos derechos cejan en verdad ante los actos de la autoridad administrativa, porque ésta procede por interés general; pero que la parte lesionada no por eso deja de tener fundamento para reclamar una indemnización del co-ribereño que se enriquece á sus expensas (2).

Esto nos parece dudoso. Cuando uno de los ribereños gana, mientras que el otro pierde, ¿puede decirse que el uno se enriquece á expensas del otro? Si la modificación en el régimen de las aguas resultase de hechos de uno de los ribereños, podría invocarse la máxima que prohíbe enriquecerse á expensas de otro ribereño. Pero en el caso actual, el reglamento se ha expedido por un inte-

1 Prudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1525.

2 Agen, 24 y 26 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 189 y 190). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. 3º, p. 60 y nota 64.

rés público, y no por interés del ribereño que lo aprovecha. Si un acto de la autoridad procura una ventaja á una persona y perjudica á otra, ¿tendrá ésta una acción de daños y perjuicios contra la primera? Ciertamente que no. El recurso por causa de lesión ante los tribunales no puede resultar de un simple perjuicio, cuando el demandado no es el autor del hecho dañoso, por más que lo aproveche. En este caso, no puede haber acción, sino cuando se funda en la lesión de un derecho, lo que nos hace volver á la primera hipótesis.

Hemos estado suponiendo un simple reglamento de agua provechoso para uno de los ribereños, y desventajoso para el otro. El caso sería totalmente diferente si la administración autorizara á un ribereño á que hiciese ciertos trabajos, y si la ejecución de éstos causare algún perjuicio á otro ribereño. Hay en este caso un hecho perjudicial, y si no hubiese autorización administrativa, la parte lesionada tendría sin duda alguna una acción de daños y perjuicios. Luego se trata de saber si la autorización de la administración tiene el efecto de que uno de los ribereños pueda dañar impunemente á su co-ribereño. Ciertamente que no. Ordinariamente, la administración agrega la cláusula de que el concesionario será responsable del daño que puedan ocasionar los trabajos. Aun cuando tal reserva no se halle en la concesión, está sub-entendida en ella, porque la administración no puede dar á un individuo el derecho de causar un perjuicio á otro (1).

328. ¿El ribereño que pretende que un reglamento lastima sus derechos puede pedir su nulidad? Nuestra ley provincial da al rey el derecho de anular los ac-

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Mayo de 1831 (Dalloz, en la palabra *manufacturas*, núm. 170, 4º), y de 2 de Enero de 1832 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 572, 6º).

tos de los consejos provinciales que se salen de sus atribuciones; y tiene el mismo derecho para los actos de las diputaciones permanentes (arts. 89 y 116); los actos que no han sido anulados por el rey pueden serlo, además, por el poder legislativo. Así, pues, el ribereño que pretende que la autoridad provincial se ha extralimitado en sus atribuciones determinando acerca de derechos privados, podía, pues, dirigir su reclamación sea al rey, sea á las cámaras legisladoras. ¿Podrá también pedir á los tribunales la anulación de un reglamento administrativo? La negativa es evidente; los tribunales jamás pueden anular los actos emanados del poder ejecutivo; pero sí tienen el derecho y el deber de examinar la legalidad de dichos actos y de no aplicarlos si son ilegales. En este sentido la parte lesionada puede llevar su reclamación ante los tribunales (1). (Constitución belga, art. 107).

Se pregunta si el ribereño lesionado puede intentar la acción posesoria á efecto de ser mantenido en posesión contra un acto de la administración provincial. La corte de casación de Bélgica, ha fallado, y con razón, que el uso del agua corriente estando siempre subordinado al interés general al que deben ceder los intereses particulares, resulta que los ribereños no tienen un derecho de posesión que pueda fundar una acción judicial. Hay una mezcla de propiedad y de precario en el goce de aquéllos; son co-propietarios respecto á sus co-ribereños; entre sí hay, pues, lugar á acciones fundadas en la posesión. Pero respecto á la autoridad administrativa, ellos no tienen más que una posesión precaria, que puede ser modificada de un día á otro. Síguese de aquí que ellos no pueden quejarse de un trastorno; lo único que pueden hacer, es dirigirse á la ad-

1 En Francia no se admite que la demanda de nulidad dé un acuerdo prefectoral por la vía contenciosa. Véase la jurisprudencia del consejo de Estado, en Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 439

ministración, la cual puede á toda hora modificar sus decisiones (1).

329. Cuando la autoridad provincial ha dado un reglamento, éste tiene fuerza de ley. Esto es incontestable en lo concerniente á los intereses generales que constituyen el objeto de dichos reglamentos. ¿Sucede lo mismo respecto á los intereses privados de los ribereños? Ellos pueden arreglarlos entre sí como se les ocurra; y si los convenios son válidos, ¿no hay lugar por vía de consecuencia, á la prescripción? Hay alguna duda, el motivo para dudar proviene de la mezcla de intereses diversos que juegan en causa en materia de corrientes de agua. En nuestra opinión, respecto á la propiedad de las aguas, podría decirse que siendo los ribereños propietarios de los ríos no navegables, deben tener el derecho de arreglar entre sí sus relaciones, con tal que no lesionen el interés general que es el objeto del reglamento. Dentro de estos límites, creemos nosotros que los convenios de los ribereños son válidos, y que por consiguiente, puede haber prescripción (2). Pero las más de las veces los intereses individuales son inseparables del interés general, en el sentido de que, determinando el reglamento bajo el punto de vista de la utilidad pública, el uso que los ribereños pueden hacer del agua, ellos no pueden celebrar convenios acerca de este uso sin derogar el reglamento. Y no es permitida esta derogación, porque los particulares no pueden derogar leyes de interés público (3). Así, pues, las convenciones contrarias á un reglamento de aguas, son nulas. Y si son nulas, tampoco puede establecerse derecho contrario á un reglamen-

1 Sentencias de denegada apelación, de 8 de Enero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 1, 108), de 6 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 1, 262), y de 9 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 390).

2 Compárese, Grenoble, 17 de Agosto de 1842 (Dalloz, 1845, 2 161); Daviel "De las corrientes de agua," t. 3º, p. 76.

3 Véase el tomo 1º de esta obra, núms. 47 y siguientes.

to por vía de prescripción. No se prescribe contra el interés público. ¿Cómo habría de haber prescripción fundada en una violación de la ley? ¿La violación de la ley se tornaría derecho si se repitiese durante treinta años, es decir, si se agravase por ésta repetición misma? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reprobar semejantes empresas (1).

*b ). De las concesiones.*

330. La administración interviene por vía de concesión cuando autoriza el establecimiento de una fábrica ó de trabajos hechos para la irrigación. Si ha de decirse la verdad, ella nada concede en materia de corrientes de agua no navegables, supuesto que los ribereños deben su derecho á la ley, que no hace más que consagrar el derecho que la naturaleza otorga. Si ella interviene, es para arreglar el ejercicio del derecho de los ribereños, de modo que se concilie su interés con el de los demás ribereños y con el interés general tal como lo hemos definido antes (números 314-316). Hay, pues, en las concesiones como en los reglamentos un doble carácter; se otorgan por un interés particular, y afectan también al interés general; pero á diferencia de los reglamentos, el interés particular es el que domina en ellas. En primer lugar, la administración interviene á instancia de un ribereño, mientras que el poder reglamentario obra por vía de iniciativa, como el poder legislativo. En segundo lugar, la concesión se otorga por un interés individual, ó por mejor decir, es un derecho que ejerce el ribereño y que la administración no hace más

1. Aubry y Rau, t. 3º, p. 54, nota 38. Sentencia de denegada apelación, de 24 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra *prescripción*, número 152). París, 30 de Abril de 1844 (Dalloz, 1815, 2, 162); Burdeos, 8 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 170). Sentencia de casación, de 8 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 153).

que reglamentar; los reglamentos, al contrario, se expedien ante todo, por un interés público, por más que en su aplicación rijan intereses privados. Tal es el principio (1); vamos á ver las consecuencias que de él resultan.

331. La concesión arregla el ejercicio de un derecho preexistente, pero ninguno confiere al concesionario. Claro es que éste no puede prevalecer de la concesión como de un derecho adquirido respecto á la administración; la autoridad administrativa interviene siempre por un interés público, y jamás puede oponerse un derecho, ó por mejor decir, un interés privado al interés público; mucho menos aún se puede fundar un derecho en un acto administrativo. Las autoridades que proceden por vía de interés público, el poder ejecutivo tanto como el legislativo, pueden á toda hora enmendar lo que han hecho, abrogando sus actos ó modificándolos; no hay derecho adquirido contra el Estado. De aquí el principio de que las concesiones en materia de corrientes de agua son esencialmente revocables, y la revocación se hace, como ya lo hemos dicho, sin que el concesionario tenga derecho á una indemnización, al menos en virtud de la concesión. Si el concesionario tiene derechos preexistentes contra un co-ribereño, puede hacerlos valer judicialmente (2). Porque resulta también de la naturaleza de las concesiones que no podrían dar ni quitar un derecho.

¿Cuál es, pues, el efecto que producen las concesiones respecto á los demás ribereños? En cierto sentido, pueden oponerse á éstos, como más adelante lo diremos; un establecimiento autorizado tiene una existencia legal, puesto que se ha hecho en virtud de la ley y con autorización del poder administrativo competente; de donde se infiere que

1 Demolombe, t. 11, p. 234, núm. 193.

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 18 de Noviembre de 1842 (Daloz, en la palabra *aguas*, núm. 470, 1º)

los ribereños lesionados no pueden pedir su destrucción á los tribunales. Tampoco pueden ellos pedir una modificación de los trabajos; la administración que los ha autorizado es la única que puede modificarlos; luego es á ella á quien las partes interesadas deben dirigir sus reclamaciones. Supuesto que las concesiones no dan ni quitan derecho alguno á los demás ribereños, los derechos de todos los interesados siguen siendo, después de la concesión, lo que eran antes; ahora bien, todos los que tienen un derecho pueden hacerlo valer judicialmente. Luego esos ribereños lesionados por la concesión pueden promover ante los tribunales para hacer que sus derechos se mantengan. Pero ¿de qué manera mantendrá el juez esos derechos si no puede pronunciar la supresión de los trabajos? Un solo medio hay para esto, y es conceder daños y perjuicios al ribereño lesionado. ¿Se dirá acaso que de esto resultará un conflicto entre la autoridad judicial y la administrativa, puesto que el juez condenará á que pague una indemnización al que ha procedido con la autorización administrativa? A decir verdad, no hay conflicto. En efecto, la autorización no se concede sino salvos los derechos de terceros. Esta cláusula se inserta ordinariamente en la escritura de concesión, y aun cuando no lo estuviese, se subentiende, porque es de la esencia de la concesión. La concesión no da ningún derecho al concesionario contra los demás ribereños; éstos conservan los derechos que tenían. En definitiva, el juez decidirá la contienda conforme á la ley ó á los títulos que se traigan ante él, sin tener en cuenta la concesión; él no deshace lo que hace la administración, él conserva á cada cual su derecho, y si hay alguno vulnerado, otorgará reparaciones (1).

Queda por saber cuándo se vulnera un derecho. Los

1 Lieja, 25 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 46). Bruselas, 8 de Junio de 1856 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 315).

derechos de los ribereños se fundan, sea en la ley, sea en títulos. Hemos dicho cuáles son los derechos que el artículo 644 concede á los ribereños, y cómo pueden ser modificados por convenios ó por la prescripción. Los derechos legales ó convencionales están colocados bajo la protección de la justicia, como toda especie de derechos. En materia de corrientes de agua, hay esto de especial, y es que los ribereños teniendo todos derechos iguales, uno de ellos no puede usar de su derecho de modo que cause un perjuicio á los demás; luego desde el momento en que hay perjuicio, hay un derecho lesionado y por consiguiente, hay lugar á reparación. Además, los tribunales tienen un poder moderado, y bajo ciertos conceptos un poder reglamentario, acerca del cual hablaremos más adelante.

332. El principio de que las concesiones ningún derecho dan al concesionario no es cierto sino para los actos emanados de la autoridad administrativa desde las leyes nuevas promulgadas después de 89. Antes hemos dicho que en el antiguo régimen, la administración se confundía con la soberanía; los señores ejercían en las corrientes de agua un derecho mucho más extenso que el que en nuestros días pertenece á la administración. Casi en todas partes se les consideraba como propietarios de las corrientes de agua no navegables, y en consecuencia, podían enagenar total ó parcialmente; de donde se sigue que las concesiones daban un derecho de propiedad al concesionario. En los lugares en donde los señores no eran propietarios, ejercían un derecho de policía y de vigilancia, último resto de la soberanía feudal; en virtud de este poder, hacían igualmente concesiones que equivalían á una enagenación y transportaban al concesionario la propiedad de las aguas. Las leyes que han abolido el feudalismo no han atentado á los derechos de propiedad adquiridos bajo el régimen feudal. Así, pues, es de doctrina y de jurisprudencia que

las concesiones anteriores á 1789 han dado á los ribereños concesionarios derechos de propiedad que pueden hacer valer á toda hora contra los demás ribereños.

333. Hemos estado suponiendo que las concesiones se hacían dentro de los límites del poder que la ley concede á la administración. ¿Qué habría que resolver si excedieran de dichos límites? Si en lugar de intervenir en un interés general, deciden respecto á intereses individuales quel ribereño lesionado podrá pedir la anulación de ese acto ilegal? En Francia, hay un tribunal administrativo superior, el consejo de Estado, el cual conoce de los recursos ejercitados contra los actos de la administración. La jurisprudencia del consejo de Estado no admite las demandas de nulidad por la vía contenciosa; mientras que la doctrina admite, al menos en ciertos casos, la anulación de los actos administrativos, cuando son extraños al interés público (1). En Bélgica, no hay consejo de Estado. Luego no puede tratarse más que de un recurso ante los tribunales. ¿Podrían éstos anular un acto de la administración que lastimase el derecho de un ribereño? Si se tratase de un reglamento provisional, habría que explicar el art. 107 de la Constitución, por cuyos términos los tribunales no pueden aplicar los reglamentos sino cuando son conformes á las leyes; si son ilegales, el juez no los anula, pero no los toma en cuenta. ¿Qué debe decidirse de los actos administrativos que no son reglamentos? La ley provincial da al rey el derecho de anular los actos emanados de las diputaciones permanentes (ar<sup>t</sup>. 116); ninguna ley da este poder á los tribunales. Sería contrario á la reparación y á la independencia de los poderes públicos, que el poder judicial anulara lo que el poder ejecutivo ha hecho. Luego debe decirse de las concesiones lo que la

1 Aubry y Rau, t. 3<sup>o</sup>, p. 55, nota 41. Demolombe, t. 11, p. 215, número 173.

Constitución dice de los reglamentos: si son ilegales, los tribunales no los tomarán en cuenta. Más adelante diremos lo que los tribunales pueden ó no pueden hacer.

334. Si un ribereño hiciese, sin la autorización administrativa, algunas obras para las cuales se requiere esta autorización, tales obras no tendrían existencia legal respecto á la autoridad administrativa; por consiguiente, tendría derecho á ordenar su supresión. Esto no es más que la consecuencia lógica de la necesidad de la autorización (1). Acerca de este punto no hay duda alguna. Pero ¿cuál será el efecto de estos establecimientos no autorizados respecto á los demás ribereños? Más adelante veremos si ellos pueden pedir su supresión. Claro es que si una obra no autorizada les causa perjuicio, pueden pedir daños y perjuicios. ¿Por su parte, el ribereño que ha ejecutado aquellas obras puede proceder judicialmente, si se ve perturbado en su posesión? ¿Puede esta posesión fundar una prescripción? A primera vista, vese uno tentado á pronunciarse contra el ribereño que ha contravenido á la ley ejecutando trabajos sin autorización; ¿un acto ilegal puede producir efectos jurídicos en favor de su autor? Aquí es preciso recordar con qué fin la ley exige la intervención de la autoridad administrativa. Es para proteger los intereses generales; luego la administración sola, custodia de esos intereses, puede prevalecer de la inobservancia de la ley. Respecto á los demás ribereños, y bajo el punto de vista de los intereses puramente privados, el establecimiento no es ilegal desde el momento en que no lastima sus derechos; ahora bien, el único derecho que éstos tienen, es de servirse del agua, y este derecho pertenece igualmente al ribereño que ejecutó obras no autorizadas;

1 Prondhon, "Del dominio público," t. 4º, núm. 1261. Aubry y Rau, t. 3º, p. 58, nota 56, y las autoridades que citan.

si los otros ribereños pueden quejarse del perjuicio que él les causa, él por su parte puede exigir reparaciones del perjuicio que los co-ribereños le originan. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo acerca de todos estos puntos (1).

*IV. Poder reglamentario de los tribunales.*

*a). Objeto de estos reglamentos.*

335. Ya hemos transscrito el art. 645, por cuyos términos los tribunales llamados á resolver las contiendas entre los ribereños “deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto á la propiedad.” Lo que implica que en materia de corrientes de agua, disfrutan de un poder moderador, que por regla general no tienen. En este sentido, el art. 645 consagra una regla especial. Esta especie de excepción se comprende. Los derechos de los ribereños no son una propiedad absoluta, si se tratara de una propiedad verdadera, tal como la define el art. 544, nada habría que conciliar, el juez debería mantener á cada cual en su derecho. No sucede lo mismo con una propiedad común, de la que tienen derecho á usar un buen número de personas y con título igual; el derecho del uno modifica necesariamente el derecho del otro. ¿Pero en qué medida? Aquí hay materia para conciliación; la agricultura, la industria, la propiedad se disputan el uso del agua; estos son intereses en apariencia opuestos, hostiles; en realidad, todos los intereses concuerdan y deben armonizarse. La misión de los tribunales es establecer esa armonía entre los ribereños. Bajo este espíritu es como deben ellos ejercer el poder reglamentario que la ley les concede.

1 Caen, 28 de Septiembre de 1824 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 255, 1º). Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, nota 57, y las autoridades que citan.

336. El art. 645 no habla de reglamentos que los tribunales tendrían el derecho de expedir. Pero cuando los tribunales usan del poder moderador que la ley les concede, no pueden ejercerlo sino por vía reglamentaria. Si el código no pronuncia la palabra reglamento, es para no ponerse en oposición con el art. 5, según el cual se prohíbe á los jueces que pronuncien por vía de disposición reglamentaria acerca de las causas que se les someten. Así, pues, el poder reglamentario de los tribunales difiere en mucho del poder que pertenece á la administración. Esta expide reglamentos que tienen fuerza de ley general ó local, según que emanen del rey, de las provincias ó de las comunas. La administración tiene, pues, dentro de los límites de sus atribuciones, un poder legislativo, en el sentido de que procede como este poder. Ella interviene cuando lo juzga necesario ó útil, bajo el punto de vista de los intereses generales cuya dirección tiene; ella tiene la iniciativa, tanto como el poder legislativo y por la misma razón. Procediendo por interés público, sus actos tienen, por lo mismo, un efecto general; obligan á todos aquellos á quienes se extiende el poder de la autoridad que expide el reglamento, á todos los habitantes de un reino, de una provincia ó de una comuna.

Bajo todos estos conceptos la acción de los tribunales difiere de la administración. Ellos no pronuncian sobre intereses generales, sino que deciden las diferencias que se suscitan entre particulares, es decir, sobre derechos individuales. Así, pues, sus decisiones deben ser individuales, lo que implica que las partes deben hacerles conocer de su demanda; en tanto que no se lleva una acción ante ellos, no hay contienda, y por lo mismo, nada hay que decidir. El art. 645 no deroga estos principios, que son de la esencia misma del poder judicial, ni siquiera contiene la palabra reglamento; si la doctrina y la jurisprudencia les

reconocen el derecho de reglamentar el uso del agua, déjase entender que tales decisiones son judiciales, y que, por consiguiente, tienen todos los caracteres de un juicio. Tal es el principio; vamos á deducir sus consecuencias.

337. Los tribunales no pueden formar reglamento sobre el uso de aguas sino cuando conocen de la causa. ¿Quiere decir esto que las partes interesadas deban pedir un reglamento de aguas al juez? En varias ocasiones la corte de casación ha resuelto que esto no es necesario. En efecto, el art. 645 dice simplemente que si surge alguna diferencia entre los ribereños, los tribunales conciliarán los intereses opuestos. Así, pues, éste es un derecho que la ley les confiere, ó por mejor decir, una misión que les encarga. Ellos no la deben á los litigantes, sino á la ley. Bajo este punto de vista hay alguna analogía entre el poder reglamentario del juez y el de la administración. Pero la diferencia radical subsiste; el tribunal debe conocer de una *contienda*, porque sin esto no hay partes en causa, y sin partes no hay juicio posible ni por razón de reglamento. Del principio que no se necesita demanda de reglamento, se sigue que las partes pueden también pedir uno en apelación, y que aun sin demanda el juez de apelación puede reglamentar el uso del agua. No puede decirse que ésta sea una nueva demanda que deba pasar por los dos grados de jurisdicción, puesto que no se necesita demanda (1).

338. Se necesita una contienda. ¿Qué contiendas pueden y deben llevarse ante los tribunales? La administración tiene una acción en las aguas, sea por vía de reglamento general, sea por vía de concesión particular; ella afecta, pues, á intereses individuales. ¿Cuándo serán competentes los tribunales? ¿Cuándo lo será la administración?

1 Sentencias de denegada apelación, de 19 de Julio y 18 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, I, 40 y 255).

Acerca de este punto delicadísimo encontramos desarrollos preciosos en un fallo del tribunal de Castres que la corte de Tolosa confirmó adoptando los motivos, y que ha recibido una nueva confirmación por una sentencia de denegada apelación. Puede decirse en términos generales que la autoridad administrativa administra, y que los tribunales juzgan, es decir, resuelven las contiendas que se suscitan entre los ribereños sobre sus *derechos* respectivos. En la legislación belga este carácter es decisivo, porque según los términos de nuestra Constitución, los tribunales son exclusivamente competentes para decidir las contiendas que tienen por objeto *derechos civiles*; ya no tenemos jurisdicción administrativa en materia de derechos civiles. Y hasta es difícil precisar el sentido de esta expresión. En Francia, la dificultad es mucho mayor, puesto que existen tribunales administrativos que juzgan igualmente procesos acerca de derechos civiles. Existen, dice la sentencia que estamos analizando, dos órdenes de intereses en los debates que dividen á los ribereños de las corrientes de agua no navegables. En primer lugar, los "intereses generales" que se refieren á la policía y al régimen de aguas; antes hemos dicho cuáles son estos intereses; la administración es la única competente para reglamentar lo concerniente al interés público. Vienen en seguida los "intereses privados," nosotros preferiríamos la expresión "derechos individuales," porque la administración estatuye también sobre intereses privados, cuando da concesiones, pero no estatuye sobre las diferencias que surgen entre los ribereños acerca de sus derechos respectivos. Uno de los ribereños pretende que el otro abusa del dominio común que pertenece á todos, en virtud del art. 644; pide que el tribunal reprenda ese abuso de goce, y que reglamente los derechos de las partes interesadas. Este es un debate que, en Francia como en Bélgica, debe llevarse an-

te los tribunales. "A los tribunales corresponde, dice la corte de casación, estatuir sobre las contiendas que surjan entre particulares y por un interés privado, con motivo del modo de goce de las corrientes de agua y de las empresas que en ellas pueden hacerse" (1).

Los ribereños pueden modificar por convenciones particulares los derechos que la ley les concede. Si surjen contiendas entre ellos sobre la ejecución de estas convenciones, los tribunales son los únicos competentes para decidirlas. En principio, los derechos convencionales son derechos privados ó *civiles*, como dice nuestra Constitución. En el caso de que se trata, podría objetarse que los derechos privados conciernen á intereses generales, que no corresponde á los tribunales arreglar. Hay, es verdad, en los debates concernientes á las aguas, una mezcla de intereses particulares y de intereses generales, fuente inagotable de dificultades. Pero los derechos que son objeto de la contienda entre ribereños, no son concernientes al interés general; las convenciones de los particulares ni siquiera pueden estribar en intereses generales; y por más que los toquen, en razón del vínculo que liga los intereses individuales y el interés público, esas convenciones no comprometen ese interés, puesto que la administración queda en libertad para reglamentar el uso del agua como le ocurra, sin que esté ligada ni por las convenciones de los ribereños, ni por los fallos que recaigan sobre dichas convenciones. Dos ribereños se dividen las aguas; las disputas que origina esta convención son de la competencia exclusiva de los tribunales (2). La jurisprudencia del consejo de Estado y la de la corte de casación así lo resuelven cuando se trata de la altura de las aguas de un molí-

1 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 359).

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 563, 9º).

no, cuando la cuestión tiene que decidirse por convenios celebrados entre las partes interesadas (1).

Lo que decimos de los derechos convencionales se aplica también á los derechos adquiridos por prescripción, y la razón es idéntica. La única dificultad consiste en saber si los ribereños pueden prescribir contra la administración ó contra un acuerdo que ésta ha tomado. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho (núms. 326 y 329) sobre esta cuestión.

339. La aplicación del principio no carece de dificultades cuando se trata de la altura á la que el agua puede ser retenida por los establecimientos ribereños. Nosotros hemos dicho que á la autoridad administrativa corresponde fijar la altura á la cual deban estar las aguas de las fábricas, núms. 320, 321. Se supone que un acuerdo fija la retención, y que el ribereño no lo observa; de aquí un daño para otro ribereño. La parte lesionada pide daños y perjuicios. Opóñesele que el tribunal no es competente. La corte de Tolosa se pronunció por la competencia de la autoridad judicial (2). ¿Para qué dirigirse á la administración? ¿Para fijar la altura del agua? Ella ya lo había hecho; su acción estaba agotada. Ya no había que proveer á intereses generales, á los que había provisto el acuerdo; sólo quedaban por arreglar derechos particulares, manteniendo la ejecución del acuerdo, cosa que es de la incumbencia del juez.

En otro caso, era el propietario de una fábrica establecida con autorización el que pedía la supresión de las obras ejecutadas por un ribereño inferior para la irrigación de sus predios. El disfrataba del agua hacia más de treinta años, cuando ciertos trabajos emprendidos río abajo estor-

1 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Mayo de 1813 (*Dalloz, Aguas*, núm. 563, 7º). Sentencia de casación, de 19 frimario, año VIII (*ibid*, núm. 563, 1º).

2 Tolosa, 17 de Diciembre de 1832 (*Dalloz, Aguas*, núm. 558, 9º).

baron la marcha de su fábrica. La corte resolvió que los tribunales eran competentes, y en el fondo juzgó que la larga posesión del ribereño superior no impedía que el ribereño inferior emplease el agua, que únicamente había lugar á un reglamento que conciliase los derechos de las partes en la causa. Recurso de casación. El dueño de la fábrica sostuvo que la decisión de la corte modificaba el acuerdo que fijaba la altura de la retención de su molino, y atentaba, en consecuencia, á un acto administrativo. Esta pretensión fué desechada, pero en el fondo la corte hizo ganar el pleito al dueño de la fábrica (1). Nosotros creamos también que los tribunales eran competentes en el caso al debate; no se trataba de intereses generales, sino que la cuestión era saber si el ribereño inferior había podido perturbar en su goce al ribereño superior, y si entre ellos se necesitaba un reglamento de aguas. En el fondo, la corte de Besançon había fallado bien, á nuestro juicio. ¿Acaso un goce, por prolongado que sea, del ribereño superior, impide que el inferior se sirva del agua? ¿No todos los ribereños tienen un derecho igual, á menos que esté modificado por convenios ó por la prescripción? En vano la corte de casación dijo que el ribereño inferior atentaba á derechos adquiridos por un goce prolongado; en el caso de que se trata no había prescripción, luego tampoco derecho adquirido; no había más que un reglamento de aguas por hacer, salvo conceder daños y perjuicios al dueño de la fábrica, si el propietario inferior se hubiese salido del límite de su derecho.

Un ribereño pide la destrucción de un dique hecho sin autorización. El demandado opone que el juicio debe entabarse ante la administración, porque ésta sólo tiene el derecho de fijar la elevación del agua. Sí, si se tratara de

1 Besançon, 16 de Febrero de 1859, y sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 347).

regir intereses generales, sea por un reglamento, sea por una concesión. Pero, en el caso actual, el tribunal no tenía que decidir si el ribereño había tenido el derecho de perjudicar á su co-ribereño por la construcción de un dique. Cualquiera que fuese su decisión, la administración estaba en libertad para tomar la medida que juzgase conveniente por el interés público. La doctrina se halla en este sentido, así como la jurisprudencia (1).

En otro caso, en que sólo estaban interesados dueños de fábricas, la corte de Caen se declaró competente respecto á aquéllos que invocaban títulos ó convenciones particulares, y remitió á los otros á la administración, á fin de que ésta fijase la altura de las aguas por el interés general. A recurso de casación, recordó denegación (2). En nuestra opinión los tribunales eran competentes; las partes interesadas no les pedían que fijaran la altura para retener el agua de cada fábrica bajo el punto de vista del interés público, sino que únicamente pedían al juez que conciliara el derecho de uno de los ribereños con el derecho igual de sus co-ribereños; y esto es precisamente lo que el art. 645 permite que los tribunales hagan en ausencia de un reglamento. Y la resolución general no habría impedido á la autoridad administrativa reglamentar el agua, bajo el punto de vista de los intereses generales.

Cuando hay intereses generales implicados en un debate, el tribunal debe declararse incompetente. Se pedía al tribunal que prescribiera las medidas de conservación que necesitaban las asolaciones causadas por el agua de un torrente. El demandante no invocaba ni convención, ni po-

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 56, nota 46. Sentencia de casación, de 5 de Marzo de 1838 (Dalloz, *Aguas*, núm. 365, 10º). Sentencia de denegada apelación, de 26 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 338).

2 Caen, 29 de Agosto de 1832, y sentencia de denegada apelación, de 4 de Julio de 1834 (Dalloz, *Aguas*, núm. 444, 3º).

sesión, ni un hecho dañoso que pudiera imputarse al demandado. La corte de Aix se declaró incompetente, y á recurso de casación, su decisión fué mantenida por una sentencia de denegada apelación (1).

*b). ¿Respecto á quiénes ejercen los tribunales su poder reglamentario?*

340. El art. 645 contesta á la pregunta: "entre los propietarios á quienes pueden ser útiles las aguas corrientes." Lo que quiere decir que únicamente los ribereños pueden pedir un reglamento, porque ellos solos tienen derecho al agua (núm. 271); no puede surgir disputa alguna acerca del uso del agua sino entre los que tienen derecho á usarla. Luego si un propietario está separado del río por una heredad intermedia, aunque sea un camino público, no podrá pedir un reglamento de aguas (2). En cuanto á los ribereños, todos pueden pedirlo, porque el art. 644 da á todos el derecho de servirse del agua. No hay lugar á distinguir entre los ribereños cuya heredad está ceñida por un río y aquellos cuya heredad está atravesada por ese río; sea cual fuere la divergencia de opiniones acerca de sus derechos, de todos modos los tienen, y precisamente porque difieren los pareceres es por lo que los ribereños disputan entre sí ya que no el uso, sí al menos el volumen de agua de que pueden disponer, y en consecuencia, hay lugar al ejercicio de un poder reglamentario. Entiéndase que la corriente de agua debe ser un río público, porque si se trata de una corriente de agua artificial, los tribunales carecen de poder. A la administración se le reconoce cierta acción sobre las aguas, en tanto

1 Sentencia de denegada apelación, de de 2 Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 180).

2 Tolosa, 26 de Noviembre de 1832 (Dalloz, *Servidumbre*, número 201, 1º).

que lo exija el interés público, pero los tribunales no pueden arreglar más que derechos; ahora bien, el propietario es el único que en él tenga derecho; no teniendo los demás ribereños el derecho de usarlo, nada se tiene que conciliar, porque no hay conflicto posible. La jurisprudencia es de este sentir, y en verdad que es tan sencilla la cuestión, que apenas se comprende que se haya llevado ante los tribunales, y hasta á la corte de casación (1).

341. La aplicación del principio da lugar á alguna duda, cuando un propietario que es ribereño de una corriente de agua no lo es de los arroyos que la alimentan; ¿puede él pedir un reglamento contra los ribereños de esos afluentes? A la corte de Agen le pareció que dicho propietario, al no estar en contacto directo con las aguas cuya reglamentación pedia, estaba por esto mismo desprovisto de derecho, supuesto que no era ribereño. La corte de casación rechazó semejante interpretación, por ser tan contraria al texto como al espíritu de la ley. El art. 645 está concebido en los términos los más generales; no dice que los ribereños de un arroyo ó de un río son los únicos que pueden pedir un reglamento de aguas, sino que dice que si surge una disputa entre los propietarios "á quienes el agua corriente puede ser útil," los tribunales deberán conciliar el interés de la agricultura con el respeto que se debe á la propiedad. ¿Y acaso las aguas del arroyo que alimentan un río no son útiles á los propietarios cuyas heredades están á la orilla de dicho río? Si ha de decirse la verdad, los pequeños arroyos son los que constituyen el río, porque éste no existiría sin los afluentes. ¿De qué serviría el río á los ribereños si los ribereños de los arroyos absorbiesen ó desviasen su corriente? Hay, pues,

1 Bruselas, 8 de Abril de 1826 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 317, 1º). Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 255). Limoges, 25 de Julio de 1860 (Daloz, 1861, 2, 99).

conflicto entre propietarios á quienes son útiles las mismas aguas, luego hay lugar á reglamento (1).

342. Un reglamento supone que todos los interesados están implicados, y que el tribunal distribuye entre ellos el volumen en proporción á sus derechos y necesidades. ¿Debe por esto inferirse que las partes entre las cuales existe una contienda deban implicar en la cuestión á todos los ribereños? La corte de Montpellier se negó á proceder á un reglamento, porque las necesidades de los ribereños á quienes no se había convocado en el debate, se ignoraban, y porque no se podía someter á los ribereños superiores á tantos reglamentos de aguas cuantos eran los ribereños interesados. A recurso dé casación, recayó denegación (2). Estas decisiones están en oposición con los principios que rigen la acción de los tribunales. No se acude á ellos para que formen un reglamento, porque esa es misión de la administración. A ésta, pues, incumbe dar oídas á todos los interesados antes de decretar. En cuanto á los tribunales, ellos pronuncian decisiones entre las partes que figuran en la causa; sus reglamentos no son más que fallos, y no tienen efecto sino entre los que son partes en el litigio. A los ribereños superiores incumbe provocar que se cite á todos los interesados, si es que quieren evitar nuevas contiendas; si no lo hacen, no por esto el tribunal dejará de hacer el reglamento que se le pide. La corte de casación, en reciente sentencia, ha fallado que los tribunales no estaban obligados á traer á la causa á todos los interesados; sin duda que es conveniente hacerlo, si su presencia es necesaria; pero ellos pueden también pro-

1 Sentencia de casación de 3 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 28).

2 Montpellier, 17 de Noviembre de 1856. Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 86).

ceder á un reglamento de aguas por interés único de las partes que se hallan en la instancia (1).

c) *Extensión del poder reglamentario.*

343. El art. 645 da á los tribunales un poder moderador; la ley se atiene á su sabiduría, dice el tribuno Albisson, porque no en todos los casos ha podido proveer, en atención á la variedad de circunstancias (2). Esto no es decir lo bastante, porque esa variedad se encuentra en todas las materias, y sin embargo, los tribunales no ejercen regularmente un poder de conciliación. La verdadera razón por la cual los tribunales pueden reglamentar el uso del agua, es porque los derechos de los ribereños nada tienen de absoluto. Esto supone que se trata de aguas que no son susceptibles de una verdadera apropiación. El artículo 644 las define al decir que son aguas corrientes distintas de las que dependen del dominio público. Ya hemos dicho que la administración no puede reglamentar las aguas de manantial; lo mismo pasa con el poder judicial; éste nada tiene que conciliar, supuesto que el propietario del manantial puede emplear el agua á su voluntad (641). La corte de Limoges había desconocido este principio elemental, y su sentencia fué casada (3). ¿Qué debe resolverse si el propietario del predio en donde brota el manantial lo vende por porciones, asegurando á los adquirientes la facultad de servirse del agua? Hay una razón para dudar; podría decirse que se trata de aguas de manantial sobre las cuales los propietarios tienen un derecho absoluto, y que, por consiguiente, nada hay que

1. Sentencia de denegada apelación, de 18 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 255). Compárese, Aubry y Rau, t. 3<sup>a</sup>, p. 56 y nota 47.

2. Informe de Albisson, núm. 8 (Loctré, t. 4<sup>o</sup>, p. 156).

3. Sentencia de casación, de 29 de Enero de 1840 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 114). En el mismo sentido, Pau, 2 de Mayo de 1857 (Dalloz 1857, 2, 139).

conciliarni que reglamentar. El motivo para decidir es que el manantial no es objeto de una propiedad privada sino por todo el tiempo que es accesorio del suelo en donde brota. Si la propiedad en donde el manantial tiene su origen se divide, las aguas ya no son un manantial fuera de las partes del predio del cual es accesorio el manantial; se vuelve agua corriente, y por lo mismo, hay que aplicar los arts. 644 y 645. En el caso en cuestión, se objetaba que los contratos celebrados entre el propietario del manantial y los diversos adquirientes hacían veces de reglamento. La corte de casación ha fallado muy bien que los contratos daban únicamente á los acreedores un derecho en el agua, pero que no determinaban el modo de usarla, las épocas en que los diversos interesados podían tomarla, el tiempo durante el cual podían retenerla, el volumen de que cada uno podía disponer. Luego había lugar á un reglamento de aguas en contra de la opinión de la corte de Nîmes (1).

Lo que estamos diciendo de los manantiales se aplica igualmente á las aguas pluviales. Estas aguas constituyen también una propiedad privada; el propietario inferior está obligado á recibirlas, pero ningún derecho tiene en ellas, por lo que no puede haber conflicto entre él y el propietario del predio en el cual caen las lluvias, y en consecuencia, no hay materia para una conciliación. Esto supone, claro es, que las aguas pluviales no forman una corriente de agua; si resulta de ellas una agua corriente, déjase entender que los ribereños pueden ejercer en ellas los derechos que les da el art. 644, y que, por consiguiente, debe también aplicarse, en caso de conflicto, el artículo 645.

344. No basta que haya un debate entre los ribereños

1 Sentencia de casación, de 10 de Abril de 1821 (Dalloz, *Servidumbres*, núm. 309).

de una agua corriente para que los tribunales puedan ejercer su poder reglamentario. Si existen convenciones entre las partes del litigio, relativamente al uso del agua, el deber de los tribunales, antes que todo, es mantenerlas. Esto no es más que la aplicación de un principio fundamental, aunque elemental: los convenios, dice el artículo 1134, hacen veces de leyes entre las partes. Los tribunales están ligados por los convenios, tanto como los que los han celebrado; porque el juez está llamado á garantir los derechos convencionales, lejos de que pueda modificarlos. Cuando el art. 645 encarga á los tribunales que concilién los intereses diversos, supone que las partes interesadas no lo han hecho, y no da á aquéllos el poder de cambiar ni de alterar derechos convencionales. Así es que si uno de los ribereños hubiese adquirido por título el uso exclusivo del agua, los tribunales no podrían derogar los derechos que resultan de los títulos (1). Lo mismo sería si entre los ribereños se hubiese celebrado un convenio en cuya virtud ellos mismos hubiesen arreglado el uso del agua; esto sería también un título cuya ejecución debería asegurar el juez sin poder modificarlo (2). Se deben también considerar como títulos las concesiones emanadas de los antiguos señores, supuesto que, siendo propietarios, tenían el derecho de transmitir su propiedad, y si un propietario es ribereño, ya no puede tratarse de modificar su derecho por los derechos iguales de los co-ribereños, no teniendo éstos ya ningún derecho (3).

Este principio debe entenderse con algunas restriccio-

1 Sentencia de casación, de 24 de Enero de 1831 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 327, 1º).

2 Sentencias de denegada apelación, de 19 de Abril de 1841 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 327, 2º), y de 8 de Septiembre de 1814 (*ibid.*, núm. 327, 4º).

3 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Julio de 1830 (*Dalloz, Servidumbre*, núm. 327, 3º).

nes que resultan de las reglas generales de derecho. Se ha fallado que los tribunales tenían el derecho de interpretar los convenios, "y aun de modificarlos por los resultados de los nuevos convenios que las partes hubiesen celebrado" (1). La redacción no es exacta, pero el pensamiento de la corte de casación no podría ser dudoso: el juez llamado á interpretar los convenios jamás tiene el poder de modificarlos, pero si las mismas partes han introducido en ellos algunas modificaciones, déjase entender que el juez debe tenerlas en cuenta. Del mismo modo si los títulos fuesen insuficientes, no estando ya el juez ligado por los convenios de las partes, volvería al libre ejercicio de su derecho de reglamentar el uso del agua. Por último, él tendría el mismo poder respecto á los ribereños que no han sido partes en el contrato; porque las convenciones jamás tienen efecto sino entre los que las subscriben.

345. La ley da á los tribunales un poder de conciliación, y no les traza regla ninguna, sino que deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto debido á la propiedad. Esto es muy vago. La corte de casación ha inferido de esto que los jueces tienen un poder discrecional que los autoriza á que pronuncien según las reglas de la equidad. Es cierto, como lo dice la sentencia, "que para el ejercicio de tal poder, los tribunales tienen que tener en cuenta circunstancias de hecho múltiples y diversas, cuya apreciación, en general, no puede chocar con los principios de derecho ni, por consiguiente, dar cabida á casación (2)." ¿Los tribunales, incluso la corte de casación, acaso no han abusado á veces de este poder discrecional? Acabamos de ver que los tribunales no pueden reglamentar las aguas cuando existe un convenio entre los ribere-

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Agosto de 1827 (Dálloz, *Aguas*, núm. 559, 1º).

2 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1868 (Dálloz, 1868, 1, 116).

ños, el cual reglamenta su uso. Lo mismo pasa con la prescripción que equivale á un título. La jurisprudencia va más lejos; se ha fallado que una *larga posesión* es suficiente para dar un derecho á uno de los ribereños respecto á los demás (1). ¿Qué cosa es esta *larga posesión*? una sentencia de la corte de Bruselas fija la duración en treinta años, de suerte que una posesión trentenaria constituiría un derecho adquirido (2). Esta jurisprudencia es contraria á todo principio. ¿No está admitido por la doctrina y por las sentencias que el derecho de los ribereños es un derecho de pura facultad? ¿Y este derecho de pura facultad se pierde por la sola posesión de un co-ribereño? Bién podría poseer el agua durante mil años, dice Cœppella, que no por eso habría adquirido un derecho exclusivo en ellos, núm. 306.

La corte de casación ha sentido lo poco jurídica que es la doctrina de una antigua posesión, y ha tratado de darle otro colorido. En el caso que ocupaba á la corte, se trataba de un arroyo formado de varios manantiales nacidos en una sola y misma propiedad. Después de haber atravesado un camino público, el arroyo corría ciñendo un prado perteneciente al propietario del manantial, y en seguida pasaba por una heredad en donde servía á una fábrica. El dueño de la fábrica pidió un reglamento de aguas contra el ribereño superior, el cual invocó su derecho de propiedad en las aguas del manantial y la prescripción. La corte de Poitiers juzgó muy bien que el manantial, después de haber atravesado un predio extraño, ya no era un manantial, sino una agua corriente, regida por el art. 644; pero admitió la posesión trentenaria en pro-

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 327, 2º).

2 Bruselas, 24 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 90).

vecho del propietario superior, y decidió que habiendo prescrito el derecho de usar el agua, ningún atentado era ya posible contra ese derecho. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación. Pero la corte no pronuncia ya la palabra prescripción. Ella se prevale de la larga posesión en que había estado el ribereño superior para utilizar el agua cuarenta y ocho horas por semana, para inferir la existencia de antiguos usos relativos á la repartición de aguas, á la manera y á la duración de su goce; en seguida, considera esos usos como un *reglamento particular* que, según el art. 645, debe observarse á pesar de la demanda de un nuevo reglamento (1). ¿Quién no ve que la sentencia confunde la posesión con la convención? Los *reglamentos particulares* de que habla el art. 645, si no emanan de la administración, deben fundarse en un concurso de consentimiento de las partes interesadas, y esto es un *contrato*. La posesión hace, en verdad, suponer la existencia de un convenio, pero para esto se necesita que reuna las condiciones que se requieren para la prescripción. Ahora bien, en el caso en cuestión, no podía tratarse de prescripción, y por esto la palabra no se hallaba en la sentencia. Quedaba una larga posesión; pero por larga que se la suponga, no puede privar al ribereño inferior de un derecho que debe á la naturaleza y á la ley, derecho de pura facultad, contra el cual no se puede invocar una simple posesión.

346. Cuando no hay ni título ni prescripción, los tribunales pueden arreglar el uso del agua, como lo expresa la corte de casación, consultando las reglas de la equidad. Una sentencia de la corte de París, que fue confirmada á recurso de casación nos da un ejemplo de ello. La sentencia decide que los ribereños tendrán el derecho de regar sus propiedades seis veces al año, por espacio continuo

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, I, 170).

de veinticuatro horas en cada riego; y que el uso que hagan del agua será simultáneo, y que en cada ocasión tendrá lugar avisando colectivamente al propietario de una fábrica, contra el cual se había pedido el reglamento. Los propietarios reclamaron pretendiendo que de ello resultaría una especie de indivisión forzosa, prohibida por el artículo 815; esta pretensión no era seria, y por lo mismo, la corte de casación no la tuvo en cuenta (1).

Se ha fallado que el tribunal no puede, al hacer un reglamento de aguas, imponer una servidumbre á uno de los fundos ribereños en provecho del otro (2). En efecto, el código no permite á los tribunales que establezcan una servidumbre. De esto no habría que concluir que el juez no pueda prescribir trabajos que faciliten la repartición del agua entre los ribereños. Así es como la corte de Besançon ha ordenado á uno de los ribereños que construya un regulador y una compuerta para la distribución de las aguas, y al otro ribereño que reembolse la mitad de los gastos de construcción y conservación (3). Esto no es constituir una servidumbre. Teniendo el tribunal el derecho de distribuir el agua, tiene por esto mismo el poder de prescribir las obras necesarias. Cuando los tribunales ordenan trabajos necesarios para asegurar á cada uno de los interesados el volumen de agua que se le atribuye, ellos pueden autorizar al ribereño que los hace para que vigile su construcción y conservación, y por consiguiente, para que pase por el predio en donde se ejecutan los trabajos. Esto no es establecer una servidumbre de paso, esta es una medida que tiende á garantizar el derecho del ribereño. Es llegado el caso de decir: Quien apetece el fin quiere los medios.

347. Distinta cuestión es la de saber si los tribunales

1 Sentencia de 8 de Enero de 1868 (*Dalloz*, 1868, 1, 116).

2 Bruselas, 24 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 90).

3 Besançon, 27 de Noviembre de 1844 (*Dalloz*, 1846, 2, 78).

les las destruyan? Esto casi no es admisible. Todo lo que puede decirse, es que si las obras causan un daño á un co-ribereño, hay lugar á reparar el perjuicio; en este caso, la administración acordará, como lo expresa Mesnard. Este es el único medio, á lo que creemos, de mantener la independencia de los dos poderes. Hay una sentencia de la corte de casación de Bélgica que consagra esta distinción. La jurisprudencia francesa no reconoce á los tribunales el derecho de ordenar la destrucción de obras autorizadas por el poder administrativo.

*d). Límites del poder reglamentario de los tribunales.*

348. El art. 645, que es el que concede á los tribunales un poder moderador, agrega la restricción de que “en todo caso deben observarse los reglamentos *particulares y locales* sobre la corriente y el uso del agua.” ¿Qué se entiende por reglamentos *particulares*? Son, se dice, los arreglos entre sí que celebran los ribereños (1). Entendidos de esa manera los *reglamentos particulares* se confundirían con los convenios de que antes hemos hablado. Esta interpretación es inadmisible: no puede ser cuestión de un reglamento judicial que se base en la equidad, cuando hay derechos convencionales. La palabra *reglamento* casi nunca se emplea para designar convenciones. Luego puede ser que el art. 645 quiere dar á entender actos administrativos que han normado el uso del agua; en este sentido, los reglamentos denominados *particulares* se confunden con los reglamentos que el código llama *locales*. Los tribunales deben observar los reglamentos, sean generales, sean provinciales, séan comunales, salvo el examinar su legalidad. Cuando son legales hacen las veces de ley.

349. ¿Deben comprenderse entre los reglamentos loca-

(1) Demolombe, t. 11, p. 233, núm. 191.

les los que se han expedido antes del código civil? La doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la afirmativa (1). Hay, sin embargo, algunos motivos para dudar. Los reglamentos son leyes locales; ahora bien, todas las leyes antiguas han sido abrogadas por la ley de 30 ventoso, año XII, (art. 7). Se contesta, y la respuesta es perentoria, que el art. 645 mantiene los reglamentos, sin distinguir entre los antiguos y los expedidos después de la publicación del código. Hay otra razón para dudar; los reglamentos anteriores á 89 emanan, en su mayor parte, de los antiguos señores, y juzgase no han sido abrogados por las leyes de la Revolución que abolieron el feudalismo? Nosotros hemos contestado de antemano á la objeción. No se trata en dichos reglamentos de relaciones entre soberano y vasallo; los señores han reglamentado las aguas como ejerciendo una especie de soberanía; éste no es uno de esos abusos feudales á los que ha puesto término la Revolución. Los reglamentos anteriores á 89, cuando contienen concesiones, tienen una autoridad mayor que los reglamentos administrativos; que emanen de nuestros antiguos soberanos ó de los señores, poco importa; ellos han podido conceder á los ribereños derechos absolutos de propiedad, mientras que los reglamentos modernos no hacen más que reglamentar derechos que tienen su principio en la ley. Estos derechos de propiedad no han sido abrogados por las leyes de la Revolución; y esto ya lo hemos hecho observar (núm. 332).

350. ¿El uso, comprobado por una larga posesión, hace veces de reglamento? Antes hemos dicho que la corte de casación parece que confunde los usos antiguos con los

1 Demolombe, t. 11, p. 203, núm. 192. Sentencias de denegada apelación, de 19 de Julio de 1830 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 327, 3º), y de 9 de Agosto de 1843 (Dalloz, *Aguas*, núm. 211, 1º). Bruselas, 28 de Diciembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 195).

reglamentos, núm. 345. Se ha intentado justificar esta jurisprudencia. Cuando los ribereños, se dice, han disfrutado del agua según un modo determinado por un uso antiguo y constante, este uso puede hacer que se presuma la existencia de un reglamento y que haga las veces de éste (1). ¡Un presunto reglamento, vaya una cosa tan exorbitante que se necesitaría ciertamente un texto para admitir semejante presunción! Ahora bien, en vano se buscaría un texto que la establezca; así, pues, no vacilamos en rechazarla, lo mismo que todas aquellas que los autores y los tribunales han imaginado. Todo lo que puede admitirse con la corte de casación, es que el tribunal, llamado á hacer un reglamento de aguas, puede consultar los usos, es decir, el modo de goce seguido por los ribereños, pero no está ligado por esta posesión, supuesto que interviene para arreglarla (2).

351. Cuando hay un reglamento, los tribunales deben observarlo, dice el art. 645. Esto equivale á decir que el poder reglamentario de los tribunales está subordinado al de la administración, y nada más natural. Los reglamentos judiciales no son otra cosa que fallos; ahora bien, los jueces están ligados por los reglamentos como lo están por las leyes. Puede suceder, sin embargo, que, á pesar de la existencia de un reglamento, los tribunales tengan el derecho de usar del poder de conciliación que les da el art. 645. Si algunos propietarios se reunen en asociación sindical para la desecación y la irrigación de sus propiedades, y si algunos actos administrativos determinan sus derechos respectivos en las aguas, este reglamento no impide que los tribunales intervengan cuando se trate de ribereños que no forman parte del sindicato; el reglamento

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 58, nota 51.

2 Sentencia de denegada apelación, de 16 de Febrero de 1853 (Dalloz 1854, 5, 700).

en este caso no tiene más efecto que el de una convención, y no es obligatorio más que para los miembros del sindicato; en cuanto á las relaciones de éste con los demás ribereños, quedan sometidas á la acción de los tribunales (1).

Pasa lo mismo en caso de insuficiencia de reglamentos. Un acto emanado de nuestros antiguos soberanos concede á un ribereño una toma de agua, sin determinar las épocas y el modo según el cual se ejercerá este derecho. Como la concesión no confiere derechos exclusivos al concesionario, hay que arreglar, en caso de conflicto, los derechos de los diversos ribereños. Hay entonces concursos de los dos poderes reglamentarios; se mantiene el acto del príncipe soberano, el concesionario conserva la toma de agua que se le ha concedido; pero no habiendo el acto administrativo arreglado el ejercicio del derecho, los tribunales son competentes para hacer el reglamento de aguas (2). No puede decirse que los tribunales usurpen el poder de la administración, como tampoco el poder legislativo, cuando reglamentan los derechos que el artículo 645 da á los ribereños. Los dos reglamentos coexistirán con los diferentes efectos que les son inherentes, teniendo el uno fuerza de ley, y el otro, no siendo más que una decisión judicial.

352. Cuando existe un reglamento administrativo, los tribunales no pueden modificarlo ni derogarlo; los dos poderes son independientes, y se mueven con libertad dentro del círculo de sus atribuciones. Si el reglamento determina los trabajos que un ribereño debe ejecutar, el tribunal no puede agregar algo á estas dos posiciones prescribiendo trabajos que la administración no ha reconocido como

1 Bruselas, 28 de Diciembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 195).

2 Bruselas, 28 de Diciembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 195).

necesarios (1). Mucho menos aún puede el juez suspender ó prohibir los trabajos ordenados por la autoridad administrativa. Cuando se trata de un reglamento general, la cosa no tiene duda, puesto que dicho reglamento hace veces de ley (2). Si es una concesión, hay que aplicar lo que hemos dejado dicho (núm. 330) respecto á los límites dentro de los cuales se ejerce el poder administrativo. Existe en Bélgica una tendencia en subordinar la administración á los tribunales, ésta es una reacción contra las usurpaciones de la autoridad administrativa, usurpaciones que en nuestro régimen ya no son de temerse. La acción de la administración tiene su legitimidad tanto como la de los tribunales. Si es importante que la administración no invada los derechos privados de los ciudadanos, también lo es que los tribunales no se mezclen en arreglar los intereses generales de la sociedad; porque no siendo ésta su misión, cumplirían mal una tarea que no es la suya. Por eso es que nosotros aplaudimos una sentencia de la corte de Bruselas, que se declaró incompetente para prohibir ciertos hechos que la administración había autorizado, salvo á las partes interesadas el reclamar daños y perjuicios si el hecho es perjudicial (3).

353. Los reglamentos judiciales son fallos. Luego deben aplicarse los principios que rigen las sentencias judiciales. No tienen efecto sino entre las partes. Y aun entre éstas, no tienen esa autoridad irrefragable de que gozan en general los fallos. Pueden ser modificados sea por un reglamento administrativo, sea por un nuevo reglamento judicial. A primera vista, esto parece contrario á los principios más elementales del derecho. Si los tribunales no pueden modificar los actos de la administración, en cambio ésta no puede poner mano en los fallos. Así, pues, ¿en qué

1 Bruselas, 24 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 89).

2 Lieja, 26 de Noviembre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 34).

3 Bruselas, 6 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 17).

sentido hemos dicho que un reglamento administrativo puede modificar los reglamentos judiciales? La administración, y ella únicamente, es la que tiene misión de arreglar los intereses generales, y cuando expide un reglamento, los tribunales están obligados á observarlo. Lo que implica que el poder administrativo jamás debe verse embarazado en su acción por una decisión judicial, como tampoco debe estarlo por las convenciones, puesto que los fallos no son más que contratos hechos judicialmente. Luego si después que el tribunal haya hecho un reglamento de aguas, la administración hace otro, los que han sido partes en la causa ante el tribunal deberán obedecer, tanto como los que no han sido partes; en este sentido, el reglamento modificará la decisión judicial; pero en cuanto á los intereses privados, el fallo recibirá sus efectos.

Hay otro principio concerniente á los efectos de los fallos el cual no recibe su aplicación en los reglamentos de aguas hechos por los tribunales. El juez no puede reformar su decisión; hay recursos legales; cuando éstos se agotan, el fallo tiene fuerza de cosa juzgada, se le considera como la expresión de la verdad, y por tal título es inatacable. No pasa lo mismo con los reglamentos acerca del uso de las aguas. El tribunal puede á toda hora modificarlos; y la razón consiste en que los hechos que motivaron el primer reglamento pueden cambiar, y cambiando los hechos, las decisiones deben también cambiar. Uno de los ribereños aumenta su propiedad ribereña; ¿no tendrá derecho más que al volumen del agua que se le concedió en el primer reglamento? ¿En qué proporción podrá extender su toma de agua? Este es un nuevo conflicto de intereses, luego se necesita un nuevo reglamento. Una tierra de labranza se ha convertido en prado; de aquí nuevas necesidades que no han podido ser previstas por el antiguo reglamento. En este sentido es como la corte de ca-

sación ha decidido que los fallos que recaen en esta materia jamás tienen un carácter irrevocable, que no son obstáculos para una ulterior reglamentación, si nuevas necesidades nacidas de una situación nueva, la hacen indispensable (1).

§ II.—DE LAS SERVIDUMBRES CONCERNIENTES A LAS CORRIENTES DE AGUA.

*Núm. 1. Principios generales.*

354. Según los términos del art. 640, “los fundos inferiores están sujetos respecto á los que están más altos, á recibir el agua que de ellos baja naturalmente, sin que la mano del hombre haya contribuido para ello.” Según clasificación del código civil, ésta es una servidumbre que se deriva de la situación de los lugares. Se ha dicho que ésta no es una verdadera servidumbre, puesto que es una carga común á todos los fundos inferiores; es, pues, el estado general de la propiedad; y un estado de cosas que forma la condición de todas las heredades, no puede considerarse como una servidumbre (2). De todas maneras, se trata aquí de una carga que la naturaleza impone á ciertos fundos por interés de otros. Luego puede decirse que es una servidumbre. Por más que dicha carga aproveche en general al ribereño inferior, no puede decirse que sea un derecho. El ribereño inferior no tiene derecho al agua que baja á su propiedad sino cuando se trata de una agua corriente, en virtud del art. 644, y si se trata de agua de manantial ó de agua pluvial, en virtud de un título ó de la prescripción. Esta es la materia que acabamos de examinar. Ahora vamos á entrar á un nuevo orden de ideas,

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 352). Comparese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 57, nota 50. Demolombe, t. 11, p. 238, núm. 198.

2 Duranton, t. 5º, p. 135, núm. 146.

el de las servidumbres que gravan los predios ribereños de las corrientes de agua no navegables.

Los autores del código civil, imbuidos en las preocupaciones tradicionales que reinaban en el antiguo derecho, parece que consideran las aguas como una causa de daño más bien que como un elemento de riqueza. Casi no se han preocupado de los intereses de la agricultura, y la palabra industria no se encuentra en nuestros textos. Aun en lo concerniente á la agricultura, á la que el agua presta el principio vivificador de la irrigación, el código no ha hecho otra cosa que seguir la tradición. Nuevas necesidades se han abierto paso, y de aquí una oposición entre la letra de la ley que las ignora y los intereses que exigen satisfacción. Los intérpretes han ensayado extender las disposiciones del código: esto era violentar los textos para ponerlos en armonía con un estado de cosas que el legislador no ha podido normalizar, puesto que ignoraba y no podía prever los asombrosos progresos que la industria y la misma agricultura han realizado en el siglo XIX. Nosotros hemos combatido tales interpretaciones, y no porque aprobámos el espíritu mezquino de nuestra legislación; pero si es fuerza ensancharlo, la misión atañe, no al intérprete ni al juez, sino al legislador.

En Francia y en Bélgica se han promulgado leyes nuevas, sobre todo, para favorecer la irrigación. Esta es un elemento vital de la agricultura, y con la agricultura se relacionan los intereses más esenciales de las clases laboriosas que padecen con la carestía de la alimentación animal. Francia, sobre todo, mucho más que Bélgica, carece de praderas; por esto tiene que ser tributaria del extranjero, no sólo para las primeras necesidades, como el consumo de carne, sino también para el reclutamiento de la raza caballar. Las praderas viven del agua; era, pues, preciso favorecer la irrigación, y esto no es posible si se man-

tiene, como el código lo había hecho, el derecho absoluto de propiedad. Las nuevas leyes han roto estas trabas, permitiendo á los tribunales que establezcan servidumbres por interés de la irrigación, ó estableciéndolas por si mismas.

355. ¿Qué relación hay entre las leyes nuevas y el código civil? La cuestión estriba en saber si dichas leyes derogan los derechos de los ribereños. Se ha dicho y repetido en los trabajos preparatorios, que las leyes nuevas no daban á entender que modificaban el código Napoleón, al conceder nuevos derechos á los ribereños. Estos derechos siguen siendo lo que eran; las servidumbres que el legislador ha introducido tienen únicamente por objeto facilitar el objeto de esos derechos (1). Esto parece que decide la cuestión; pero no es tan decisivo como podría creerse según los principios que rigen la abrogación de la leyes. Cierto es que el código civil no está modificado por las nuevas leyes. Pero hay dos maneras de interpretar el código civil: el sistema riguroso que nosotros hemos seguido, ajustándonos al texto de la ley y al espíritu que la ha redactado, y la interpretación extensiva que se inspira en las nuevas necesidades y trata de ajustarlas á la letra del código. ¿A cuál de estos dos sistemas han dado la preferencia los autores belgas y franceses? Queriendo ampliar el círculo demasiado estrecho dentro del cual el código había restringido la facultad de irrigación, el legislador ha tenido que admitir la interpretación que cuadraba mejor con sus intentos. Bajo este punto de vista, hay innovación; los textos siguen siendo lo que eran, pero el espíritu ha cambiado; ya no es el espíritu exclusivo del propietario el que preside á la interpretación, sino el espíritu de mejoramiento y de progreso en el dominio de la agricultura.

356. ¿Existen diferencias entre la servidumbre del artí-

1 Dalloz, "Ocolección periódica," 1845, 3, p. 119, nota 6.

culo 640 y las servidumbres establecidas por las nuevas leyes? Señálanse varias. Hay una primera que es clara, y es que el objeto difiere. La servidumbre del art. 640 realmente es obra de la naturaleza: ésta es la que ha impuesto al agua la ley que la obliga á bajar de los fundos superiores á los inferiores. Mientras que las servidumbres creadas por las leyes francesas y belgas son obra del legislador, que ha querido favorecer los progresos de la agricultura. Se desprende de esto una segunda diferencia, y es que los propietarios inferiores no pueden reclamar indemnización en razón de la carga que les impone el art. 640; la naturaleza que los somete á recibir el agua que se derrama naturalmente á sus fundos, los indemniza las más de las veces por los beneficios que el agua les procura. No sucede lo mismo con las nuevas servidumbres, las cuales imponen restricciones á la propiedad de los fundos sirvientes, y son una especie de expropiación por causa de utilidad pública á la vez que de utilidad privada; luego era preciso aplicar el principio de que nadie puede ser privado de su propiedad sino mediante una justa y previa indemnización. Del principio de que la servidumbre del artículo 640 es obra de la naturaleza, se sigue, además, que los fundos dependientes del dominio público están gravados con esta carga; más adelante insistiremos acerca de este punto. Mientras que el dominio público no está sujeto á las servidumbres establecidas por las nuevas leyes, éstas son, en parte al menos, de interés privado; ahora bien, el interés general que destina el dominio público al uso de todos, predomina sobre el interés de los propietarios; el destino público no tolera, por otra parte, ninguna sujeción particular. Hay una posterior diferencia acerca de la cual hay duda. La servidumbre del art. 640 no está sometida á registro; mientras que se enseña que las servidumbres nuevas deben regularse, al menos aquellos cuyo es-

tablecimiento exige el concurso de los tribunales. Volveremos á tratar la cuestión, cuando expongamos los principios que rigen la transcripción.

*Núm. 2. De la servidumbre del art. 640.*

*I. Principio y condiciones.*

357. Los autores no están de acuerdo sobre el principio que gobierna á este gravamen. Toullier dice que si sólo se siguiera la ley de la propiedad, el propietario inferior podría levantar diques para impedir que las aguas corriesen en su terreno y para hacerlas refluir á los predios superiores ó á los cercanos. En efecto, tal sería la consecuencia extrema del derecho de exclusión que es uno de los atributos de la propiedad. Pero las leyes nunca han aceptado que, en el estado de sociedad, un propietario pueda desviar el agua que la naturaleza envía á su predio, de modo que inunde las heredades limítrofes. El art. 640 no ha hecho otra cosa que consagrarr un gravamen que la naturaleza impone (1). De todos modos, ésta es una restricción á la propiedad, que, por consiguiente, es de estricta interpretación. Obra de la naturaleza, ésta también es la que determina sus límites.

358. Según los términos del art. 640, los predios inferiores están sujetos, respecto á los más elevados, á recibir el agua que de éstos se derrama naturalmente. La ley está concebida en términos generales; habla del agua que se derrama de los fundos superiores á los inferiores, y por consiguiente, del movimiento que la naturaleza ha impreso al líquido, sin distinguir si éste es agua pluvial, agua de manantial ó agua proveniente del derretimiento de los hielos. Casi es inútil citar las sentencias que así lo han re-

1 Toullier, t. 3º, p. 219, núm. 484. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 26, núm. 16; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 175, número 264.

suelto en lo concerniente á las aguas pluviales; no sabemos con qué pretexto se llevó la cuestión ante los tribunales: ¿acaso las aguas pluviales no bajan naturalmente de los predios más elevados á los predios inferiores? Y si los predios inferiores deben recibir las aguas pluviales, déjase entender que ha de ser con las piedras y las arenas que ellas acarrean; de esto podrá resultar algún daño á los propietarios, pero no tienen derecho á una indemnización por este capítulo, porque la naturaleza así lo quiere (1).

¿El art. 640 se aplica también á las aguas corrientes, navegables ó no? A primera vista, la cuestión parece tan extraña como la que se ha formulado respecto al agua pluvial. ¿Quién sería el que pretendiera impedir que los ríos sigan el curso que la naturaleza les ha trazado? Sin embargo, siempre se ha admitido una restricción á este gravamen natural. El art. 640 dice que el propietario inferior no puede levantar un dique que impida el derrame natural del agua. Esto es también cierto de los ribereños de las aguas corrientes; pero nada impide que los ribereños se resguarden contra los accidentes y daños que ocasionan las inundaciones, haciendo obras defensivas. Si recibir el agua es un gravamen natural, defenderse contra la acción del agua también es un derecho natural. No hay contradicción, como pudiera creerse, entre la obligación y el derecho. Cuando no se trata más que del simple derrame de las aguas, el propietario nada puede hacer para subsistir al gravamen que la naturaleza le impone, ni el ribereño de un río, ni el propietario del fundo al cual bajan las aguas pluviales. Pero cuando se trata de defenderse contra el ataque de las aguas, la cuestión es diferente. Se

1 Demolombe, t. 11, p. 28, núm. 19, y p. 40, núm. 32. Aubry y Rau, t. 3º, p. 10, y nota 11. Burdeos, 26 de Abril de 1829 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 348, 1º).

permite la defensa á todos los ribereños; así, pues, uno de ellos no puede quejarse de las obras hechas por un co-ribereño, aun cuando tuvieran por resultado el hacer refluir el agua á su fundo, porque él puede hacer otro tanto, y si es imprevisor, no puede quejarse de que los otros tengan más previsión. La corte de Bruselas así lo ha fallado respecto á los desbordamientos de la Senne. Para poner la ciudad bajo el abrigo de las inundaciones, la comuna de Bruselas ha construido presas cuyas compuertas cierra en las grandes crecidas. La corte ha hecho á un lado las querellas de los ribereños de agua arriba; dice, y dice muy bien, que los desbordamientos de los ríos son casos de fuerza mayor que no pueden ponerse en la misma linea que la corriente natural del agua, de que habla el art. 640; los trabajos ejecutados por la ciudad de Bruselas eran puramente defensivos, y no hizo sino lo que tenía derecho á hacer, y lo que los ribereños superiores podían hacer igualmente. Si á pesar de los trabajos de defensa, hay ribereños que experimenten un daño, deben quejarse á la naturaleza; pero evidentemente que no pueden exigir que la ciudad se deje sumergir á fin de impedir que se inunden sus predios; en el caso de un riesgo común, cada uno se defiende por su propia cuenta (1).

359. ¿Precisa que las dos heredades sean contiguas para que haya lugar á la servidumbre del art. 640? La cuestión se presenta muy á menudo, cuando el agua pasa por una vía pública antes de llegar al predio inferior cuyo propietario se queja de que el agua no baja naturalmente á su heredad. Hay en esto, como se ve, dos motivos para dudar. En primer lugar, se dice, el fundo sirviente y el dominante no son contiguos. La objeción descansa en un error; en efecto, la vía pública es también un predio sir-

1 Bruselas, 2 de Enero de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 49). La doctrina y la jurisprudencia francesas son del mismo parecer (Demolombe, t. II, p. 36, núm. 30).

viente; ella es la que desde luego recibe el agua, y debe recibirla, por más que forme parte del dominio público. Acabamos de decir que los terrenos dependientes del dominio público están sujetos á la servidumbre del art. 640: ¿acaso las vías públicas no están destinadas á recibir las aguas pluviales y todas las que por ellas corren, en virtud del declive natural de las heredades? De la vía pública el agua se derrama después sobre los fundos inferiores, lo que aparta la objeción de no-contigüidad. Dicece también que los caminos están hechos por mano del hombre, y que el agua que por ellos se derrama no tiene ya la corriente natural que la naturaleza le imprime; y el art. 640 dice formalmente que el agua debe correr hacia los predios inferiores "sin que la mano del hombre contribuya en ello." La objeción sería fundada si al construirse un camino se hubiese dado al agua una dirección diferente de la corriente que naturalmente tenía. El Estado que construye el camino no tiene derecho de imponer á un ribereño inferior el gravamen de recibir aguas que no habrían corrido por su fundo, en virtud de una ley de la naturaleza. Pero si el camino en nada modifica el curso natural del agua, el propietario ribereño no tiene el derecho de reclamar. Cierto es que el camino absorbe menos agua que una tierra de labranza; de lo que podría inferirse que en esto hay una agravación de servidumbre, cosa que prohíbe el art. 640. Más adelante diremos lo que es la agravación de servidumbre que la ley prohíbe. La ley no impide al propietario superior que cambie el método de cultivo, y por consiguiente, que absorba mayor ó menor cantidad de agua. En definitiva, aun cuando transmitiese toda el agua que él recibe, todavía no tendría derecho á quejarse el propietario inferior, porque se está dentro de las leyes de la naturaleza (1)

1 Sentencias de denegada apelación, de 3 de Agosto de 1852 (Da-

360. La condición esencial que el art. 640 exige para que haya lugar á la servidumbre que él establece, es que el agua baje de los predios superiores á los inferiores "naturalmente y sin que intervenga la mano del hombre." En este sentido, la servidumbre emana de la situación de los lugares, y la ley quiere únicamente consagrar la obra de la naturaleza. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el propietario del predio superior no puede cambiar el curso natural de las aguas pluviales que corren por su predio, de manera que se derramen por terrenos inferiores que estaban eximidos. Si él cambia el estado de los lugares, el propietario inferior puede pedir, por vía de acción posesoria, que se restablezcan los sitios á su antiguo estado. En vano el propietario superior objetaría que él ha emprendido los trabajos por interés de su explotación sin intento ninguno de dañar; sin duda que él puede cultivar su finca como se le ocurra, pero con una condición, y es que no grave los predios vecinos con una servidumbre que la ley no les impone (1).

Es preciso, dice el art. 640, que la mano del hombre no contribuya en nada en el derrame del agua. Sigue de aquí que si el derrame del agua no es enteramente natural, no hay lugar á aplicar el art. 640. Tal sería el caso en que el agua hubiese sido recogida en un acueducto ó en un canal (2); porque entonces ya no hay obra de la naturaleza, luego no puede tratarse de una servidumbre natural. Con mayor razón es esto así cuando las obras construidas

lloz, 1852, 1, 220), y de 24 de Junio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 503). Hay una sentencia de París de 31 de Diciembre de 1861 en el mismo sentido (Daloz, 1863, 2, 118). La corte invoca también antiguos reglamentos, mantenidos por la ley de 22 de Julio de 1791, artículo 29. Demolombe, t. 11, p. 28, núm. 20. Aubry y Rau, t. 3º, página 8, nota 4.

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 405).

<sup>2</sup> Besangon, 10 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 2, 131).

por el propietario superior tienen por efecto cambiar la corriente del agua, transmitiéndola á un propietario que no la habría recibido si dichos trabajos no se hubieran emprendido. Así lo falló la corte de Gante en un caso en que el propietario superior invocaba igualmente el interés de su explotación. La sentencia contesta, con una ley romana, que cada uno debe, sin duda, mejorar el cultivo de su heredad, pero que no puede hacerlo á expensas de la heredad vecina. La máxima debe entenderse en el sentido de que el propietario del predio superior no tiene el derecho de gravar el predio inferior con una servidumbre, aun cuando fuese por interés de su explotación, porque nadie puede hacer uso de su derecho lastimando el derecho ajenno (1).

361. El principio que excluye la servidumbre cuando el derrame no es natural se aplica sin dificultad al agua de desagües domésticos. Todo en éstos es artificial, hasta su existencia misma; para desaguarlas se construyen acueductos en las ciudades; no se tiene derecho para derramarlas sobre las fincas próximas sino en virtud de un título. Se aplica igualmente el principio á las aguas pluviales que bajan de los techos; la mano del hombre está en ellas, lo que es suficiente para apartar una servidumbre que es la obra de la naturaleza sola. Existe, por otra parte, un texto que no permite duda alguna; el art. 681 quiere que *todo* propietario establezca sus techos de modo que las aguas pluviales se derramen en su terreno ó en la vía pública; él no puede, agrega la ley, derramarlas sobre una finca vecina. Esto es decisivo, porque la ley está concebida en los términos más generales: *todo* propietario, dice el código. Luego ningún propietario puede verter el agua que baja de los techos á la finca del vecino; no hay que distinguir si ésta es finca

1 Gante, 11 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 326).

lateral ó inferior, y ni había motivo para distinguir, porque nadie puede gravar los predios de sus vecinos con una servidumbre en propio provecho.

362. Se ha fallado que el propietario superior contraviene al art. 640 al hacer en su finca trabajos que impidan que las aguas pluviales penetren en los terrenos, tales como pavimentos, terraplenes ú otras obras que prevengan la absorción del agua. En todo esto, dícese, estaría la mano del hombre, y por lo tanto, ya no se está ni dentro del texto ni dentro del espíritu de la ley (1). ¿No es esto interpretar el art. 640 con extremo rigor? Dentro de poco diremos cuáles son los trabajos que el propietario del predio sirviente puede hacer en su heredad. Por el momento, trátase de determinar si el gravamen proviene de la naturaleza, ó si la mano del hombre entra en algo. Esta es una cuestión de hecho más que de derecho. Nosotros opinamos que la servidumbre existe por un hecho de la naturaleza, desde el momento en que el agua baja al predio inferior por el declive del terreno; mientras que la servidumbre dejaría de ser natural si los trabajos cambiaran la dirección del agua. Luego si el pavimento, por ejemplo, tiene por efecto dirigir el agua hacia un predio que no habría recibido naturalmente, el propietario inferior podrá evidentemente reclamar. Que si el declive sigue siendo él mismo, la servidumbre natural existe; queda por saber si el propietario superior no la ha agravado. Esta es otra cuestión acerca de la cual volveremos á insistir (2).

363. Cuestión más difícil es la de saber si hay servidumbre en virtud del art. 640, cuando un manantial brota en el predio superior á causa de trabajos que en él se ejecutan. A primera vista, creeríase que no hay duda, supuesto que el agua debe en cierto modo su existencia á la

1 Douai, 3 de Marzo de 1845 (Daloz 1845, 2, 167).

2 Compárese, Demolombe, t. 11, p. 32, núm. 25 y las autoridades que cita.

mano del hombre, lo que excluye toda servidumbre natural. Pero, en realidad, si por ciertos trabajos emprendidos en un predio, se hace brotar un manantial, no es el hombre el que cría el agua, sino la naturaleza, y ésta también le imprime su curso hacia el predio inferior; el hombre no hace más que abrir el seno de la tierra para dar salida al tesoro que ésta encerraba. No obstante, la doctrina se ha pronunciado por otra opinión. Ella distingue. Si los trabajos tienen por objeto hacer surgir el agua, no hay servidumbre natural: tal sería el caso de un pozo artesiano. Si es por accidente por lo que ciertos trabajos de construcción hacen saltar un manantial, la casualidad siendo un hecho natural, la servidumbre será también natural (1). La distinción se nos figura poco jurídica.

El que busca un manantial en su predio y lo llega á descubrir hace lo que tiene derecho á hacer; al usar de su derecho, no puede ser responsable de las consecuencias que de él resulten. Así, pues, poco importan el fin y la naturaleza de los trabajos; desde el momento en que no hay falta ninguna que reprochar al que los ejecuta, el agua que brota tendrá su corriente natural al fundo inferior, y en este sentido el gravamen será natural. Una sola restricción hay que imponer á esta decisión; la cual resulta de los principios concernientes á la propiedad. El propietario es responsable cuando, al usar de su derecho, vulnera el derecho de otro. Luego si un propietario hiciere excavaciones en su heredad para descubrir una mina, y si á causa de tales trabajos inundase el predio inferior haciendo imposible su explotación, habría un hecho dañoso y no una servidumbre natural de desague (2).

Se ha propuesto, además, otro temperamento. Cuando

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, página 9, nota 8.

2 Bruselas, 1º de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 178).

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 inadmisible. 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

<sup>1</sup> 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 prevalecerse 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, num. 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 transmitírselas 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 vierten 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 jurisconsultos 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 jurisconsultos romanos lo autoriza; no porque el intérprete tenga en general la latitud que tenían los jurisconsultos 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, pfos. 3, 4, 5 y 7, D., *de aqua et aquæ pluv. arceud* (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 (Daloz, 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 abolir? 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 sujeté 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 Bau, 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. 1º, pfo. 1 y sección 5º. 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; Duveryer 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 terrenos. ¿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 Pasculis, y no habría más que cambio de lugar y no extensión del beneficio de regadio. "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).

mento en que la sociedad está interesada en que un propietario ceda toda ó parte de su propiedad, el interés privado del propietario expropiado debe ceder ante la utilidad pública. Nuestro derecho constitucional sólo una condición prescribe, una previa indemnización, y esta condición está escrita en la ley de 1848, lo que prueba que el mismo legislador considera el establecimiento de la servidumbre como una especie de expropiación (1).

*b). Condiciones.—1. El derecho al agua.*

377. Para que el propietario pueda pedir el paso del agua por las fincas intermedias, se necesita naturalmente que tenga el derecho de disponer del agua. Las leyes francesa y belga lo dicen. Pero la aplicación no deja de tener sus dificultades. Nosotros hemos expuesto los principios que rigen el uso del agua; si estos principios estuviesen al abrigo de toda controversia, nuestra tarea sería sencillísima, porque no tendríamos más que remitir á lo que acaba de decirse. Pero las controversias no escasean. Pueden concentrarse en dos sistemas diferentes. Uno de éstos se ajusta al texto y al espíritu de la ley, sin preocuparse por los intereses generales, ni por los progresos que han llevado á cabo la agricultura y la industria desde la publicación del código civil: éste ha sido nuestro método en todo el curso de esta obra; nosotros no le reconocemos al intérprete el derecho de modificar la ley; el legislador es el único que puede inspirarse en las nuevas necesidades que se van produciendo para poner las leyes en armonía con el estado social. Hay otro sistema que trata de adaptar la ley á las nuevas necesidades, extendiéndola por medio de una interpretación extensiva. Estas dos vías conducen á consecuencias muy diversas. Así, pues, estamos en

1 Informe de Dalloz sobre la ley francesa de 1845 (Dalloz, "Revisa periódica," 1845, 3, p. 116).

presencia de principios inciertos, discutibles. De aquí la dificultad que se presenta en la aplicación de las leyes nuevas; cierto es que ellas mantienen el código civil (1), pero ¿qué interpretación es la que consagran? ¿es la interpretación textual y rigurosa, ó la más amplia que se adapta á las nuevas necesidades de la sociedad moderna? La respuesta no nos parece dudosa. ¿Cuál es el objeto de las leyes belgas y francesas? Precisamente es poner el código en armonía con las modificaciones que se han operado en el estado social. Ahora bien, la armonía no existiría si se continuasen siguiendo los principios mezquinos del código civil en la aplicación de las leyes que han querido tener en cuenta las necesidades que los autores del código ignoraban. Así es que permanecer ligado á la interpretación estricta del código, equivaldría á ponerse en oposición con el espíritu de las nuevas leyes. Luego hay que dar la preferencia á la interpretación más amplia, si se quiere que las leyes nuevas llenen el objeto por el cual se han expedido. De esto resulta que, en cierto sentido, el legislador ha modificado el código Napoleón: el texto sigue siendo el mismo, pero ha cambiado el espíritu bajo el cual se le interpreta. Esto no carece de inconvenientes ni de dificultades, y por esto es la incertidumbre que reina en la jurisprudencia.

378. El derecho de agua difiere según que ella es objeto de una propiedad absoluta ó de una propiedad restringida. Antes hemos dicho que el agua de manantial pertenece al dueño del predio, que dispone de ella á voluntad: éstos son los términos de la ley (art. 641). ¿Puede él también disponer de una manera absoluta fuera del predio en donde tiene su origen el manantial? Aquí comienzan la duda y la controversia. Nosotros hemos enseñado que el

1 Véase la declaración del dictaminador, en la sesión de 12 de Febrero de 1845; (*Monitor* del día 13, y *Dalloz*, 1845, 3, 119).

manantial, desde el momento en que se sale de los límites de la heredad en donde surgió, se vuelve agua corriente, y que, en consecuencia, el propietario no puede conducirlo á una heredad no-ribereña, ni cederlo á uno de los ribereños ó á cualquier otro propietario (núms. 183, 185 y 191). La jurisprudencia se ha pronunciado, ya bajo el imperio del código civil, en favor del propietario del manantial. Por aplicación del principio que acabamos de dejar establecido, debe decidirse que el propietario del manantial puede pedir el paso del agua por fincas intermedias para regar una heredad no-ribereña que le pertenezca. Por la misma razón, él podrá ceder su derecho al agua del manantial á un propietario que no sea ribereño (1). El texto de la nueva ley es aplicable: el propietario del manantial tiene el derecho de disponer de su agua, supuesto que puede usarla á voluntad, según los términos del artículo 641; y en el espíritu de la ley, el beneficio de la irrigación puede extenderse á toda heredad mediante la servidumbre de acueducto que ella establece sobre las fincas intermedias. No vemos que haya duda acerca de este punto entre los intérpretes ni en la jurisprudencia.

Hay alguna perplejidad cuando se trata de aplicar estos principios á las aguas pluviales. La duda proviene de que no hay acuerdo sobre la propiedad de las aguas pluviales. Se ha fallado que el propietario á cuyo fundo bajan las aguas pluviales que vienen de los predios superiores no tiene el derecho de disponer del agua, y que, por lo tanto, no puede pedir la servidumbre de acueducto para transmitirla (2). Esta interpretación más que restrictiva, nos parece erronea. Remitimos á lo que antes hemos dejado dicho (núm. 225). Las aguas pluviales vienen á ser

1 Demolombe, t. 11, p. 250, núm. 208, y las autoridades quo él cita.

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

un accesorio del fundo al que se derraman, por lo que el propietario tiene el derecho de disponer de ellas, y esto decide la cuestión. Del mismo modo, las aguas pluviales derivadas de la vía pública se vuelven propiedad de los ribereños, los cuales pueden disponer de ellas, y por lo mismo, invocar el beneficio de la servidumbre de acueducto (1).

379. ¿Los ribereños de las corrientes de agua no navegables tienen la propiedad del agua, ó nada más el uso? En otro lugar (2) hemos expuesto la controversia, que refluye sobre todas las cuestiones de aplicación. El punto primero si es claro, y es que, para tener derecho al agua, hay que ser ribereño. ¿El propietario que está separado de un río por una vía pública puede pedir el paso del agua por el camino para conducir el agua á su heredad? A nuestro juicio, el no puede invocar ni el código civil ni la ley nueva. El código civil no da un derecho al agua sino á aquellos cuyas fincas están ceñidas ó atravesadas por un río, y la ley de 1878 exige como primera condición que el propietario que reclama la servidumbre de acueducto tenga derecho al agua. ¿El Estado, al cual pertenece la vía pública, podría conceder al propietario que está á orillas de la vía el derecho de servirse del agua mediante un acueducto? Si, si se admite que los ribereños pueden ceder sus derechos á quien no es ribereño. Nó, si esa concesión no puede hacerse. En el caso que tratamos, el Estado es el ribereño; el propietario cuya heredad corre á lo largo del camino no tiene, pues, el derecho de invocar la ley de 1848, sólo podría hacerlo como concesiona-

1 Agen, 7 de Febrero de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Sentencia de denegada apelación, de 9 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 255). Aubry y Rau, t. 3º, p. 16, nota 8, y las autoridades que ellos citan.

2 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 15 y siguientes.

rio (1). Así es que hay que ver si los ribereños pueden transmitir sus derechos.

Se presenta una primera cuestión. ¿Los ribereños pueden servirse del agua para regar un predio no ribereño que les pertenece? Nosotros (núm. 280) hemos contestado negativamente, apoyándonos en el código civil; pero hay una opinión más favorable á los ribereños que es la que ha predominado desde que la ley nueva permite á los que pueden disponer del agua pedir su paso por los predios intermedios, á efecto de regar una heredad no ribereña. La servidumbre de acueducto casi no sería de utilidad si no la pudieran reclamar los ribereños de las corrientes de agua no navegables. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (2). Queda por saber de qué volumen de agua puede disponer el riberéño si quiere regar un predio no ribereño. Más adelante trataremos este punto.

Al suponer que los ribereños tengan el derecho de emplear el agua para la irrigación de un predio no ribereño, difícil es no concederles la facultad de disponer de ese derecho en provecho de otro propietario. Esta cuestión, sin embargo, es muy debatida. En el informe rendido acerca de la ley francesa de 1845, se lee que esta cuestión se había provocado en el seno de la comisión, y que se la había dejado indecisa por tener que ser resuelta conforme á los principios del derecho común (3). Cuando se discutió la ley de 1847, se insistió en la cuestión; fué vivamente debatida, sobre todo en lo concerniente á las concesiones hechas por el gobierno respecto á aguas navegables. La comisión de la Cámara de diputados declaró que la ley de 1847 no prejuzgaba el sentido de la ley de 1845 y que

1 Compárese el decreto del consejo de Estado de 8 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1860, 3, 83).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, página 14, y nota 5.

3 Dalloz, "Recopilación periódica," 1845, p. 149, nota 4.

no incumbía á la Cámara interpretarla; mientras que la comisión de la Cámara de los pares se pronunció por la interpretación restrictiva (1). La jurisprudencia dividida. Nosotros sin vacilar, aceptamos la opinión favorable á los ribereños, bien entendido que partiendo del principio que generalmente se reconoce, en cuanto á la facultad de los ribereños para disponer del agua en la irrigación de sus propiedades no ribereñas. Una vez reconocido este derecho, hay que ser lógicos y admitir también las consecuencias que se deducen; si el derecho de irrigación puede transportarse á una heredad no ribereña ¿qué importa que la tal heredad pertenezca á un ribereño ó á un no-ribereño? El derecho se ha establecido para los predios y no para las personas.

380. Se ha presentado una dificultad en un caso particular. Supóngase que un obstáculo natural, tal como el escarpamiento ó la elevación de la orilla, se opone á la toma de agua que un ribereño deseara hacer para la irrigación de su predio; él compra una lengua de tierra contigua á su propiedad; ¿podría tomar el agua en este punto y conducirla por este terreno para que sirviese á la irrigación de la propiedad escarpada? Se ha fallado que el ribereño no podía derivar más que el agua á que tenía derecho para la irrigación de la porción de tierra nuevamente adquirida (2). Esta sentencia consagra la interpretación más restrictiva del código civil, al decidir que el ribereño debe tomar el agua frente á frente del predio que desea regar, y en un punto de la orilla comprendido dentro de los límites de aquel fundo. Al art. 644 no dice tal cosa; y las leyes nuevas que permiten al ribereño derivar el agua de la que tiene derecho á servirse para la irrigación de una

1 Dalloz, "Compilación periódica," 1845 p. 119, nota 4.

2 Aix, 30 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1).

heredad no ribereña, le permiten con mayor razón que use del agua para todos sus predios ribereños, sin que haya que distinguirse si él toma el agua frente á frente de la orilla ó sobre otro punto cualquiera en el cual es igualmente ribereño. Así es que la sentencia fué casada (1).

Distinta es la cuestión de saber si el ribereño puede tomar el agua río arriba en un punto en que ella no ciñe la propiedad de aquél. Es claro que en virtud del art. 644, él no tiene tal derecho. ¿La ley nueva se lo dá? Así se enseña (2). Es verdad que, en el caso de que se trata, el ribereño tiene el derecho de usar el agua, pero no lo tiene de tomarla en un punto de la ribera que no le pertenece; esto no sería la servidumbre de paso establecida por las leyes de 1845 y 1846, porque esta servidumbre supone que el propietario tiene el derecho de conducir el agua hasta el predio intermedio sobre el cual pide el paso, mientras que en el caso que nos ocupa este derecho pertenece á otro ribereño; luego ésta sería una nueva servidumbre que el propietario querría imponer á un co-ribereño, servidumbre que tendería á privar á éste del derecho que le da el art. 644, lo cual es inadmisible. Hay una sentencia de la corte de casación en el sentido de nuestra opinión, que es la de Demolombe (3).

381. Una cuestión análoga, pero diferente en el fondo, se presenta respecto á las corrientes de agua navegables. Se pregunta, en primer lugar, si el gobierno puede otorgar tomas de agua sobre estos ríos. El acuerdo de 19 ventoso, año VI, da formalmente á la administración el poder para conceder tomas de agua en los ríos navegables ó flotables. ¿Debe inferirse de aquí que el concesiona-

<sup>1</sup> Sentencia de casación, de 14 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Compárese el núm. 276 de este volumen.

<sup>2</sup> Daviel, "Comentario á la ley de 1845," p. 30, núm. 13.

<sup>3</sup> Sentencia de denegada apelación, de 15 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 78). Demolombe, t. 11, p. 255, núm. 213).

rio puede pedir el paso por los predios ribereños de aguas que se le ha permitido que derive? Hay una duda, y es que debería practicar una toma de agua en un predio ribereño que no le pertenece, en seguida conducir el agua por un acueducto á la heredad que él quiere regar. Ahora bien, las leyes le dan ciertamente la servidumbre de acueducto pero no le dan la de toma de agua. Se contesta que, en el caso de que se trata, habiendo obtenido el concesionario el derecho de servirse del agua puede reclamar un acueducto para llevarla á su predio; si, además, tiene que hacer trabajos á efecto de llevar el agua al acueducto, es llegado entonces el caso de aplicar el art. 697, por cuyos términos el que tiene una servidumbre tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usarla (1). A nuestro juicio, el art. 697 prevee un caso diferente del que acabamos de examinar; el ribereño de un río navegable ningún derecho tiene en el agua, luego no puede oponer al concesionario que éste lo priva de un derecho, al ejercitarse una toma de agua en su fundo.

c) *Segunda condición. Interés de la irrigación.*

382. La servidumbre de acueducto se ha establecido por interés de la agricultura, y los informes y la discusión no dejan duda alguna acerca de este punto. Esto se dice en el texto mismo: "Todo propietario que quiera servirse, para la irrigación de sus propiedades, de aguas de las que puede disponer con derecho." Ahora bien, es de principio que las servidumbres, y sobre todo las legales son de estricta interpretación; de donde se infiere que la servidumbre de acueducto no puede pedirse para otro uso del agua. Este principio se proclamó cuando se discutió la ley francesa. La propiedad es un derecho exclusivo y celoso; ella

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 16, nota 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 254, núm. 212.

encontró defensores ardientes en el seno de las cámaras; ¿no era un atentado contra ella el imponerle restricciones por un interés privado? y con el pretexto del interés de la agricultura, ¿no llegaría á suceder que un propietario se vea gravado con una servidumbre de acueducto onerosísima, cuando en realidad, dicho gravamen no tenga más objeto que satisfacer un interés industrial ó doméstico, y quizás hasta el capricho de un rico vecino? A tales objeciones, el dictaminador contestó: "La servidumbre que se propone crear no constituye un derecho absoluto en provecho del propietario que pide el paso del agua; el tribunal está llamado á comprobar si realmente la servidumbre tiene por objeto la irrigación. No bastará con alegar una irrigación imaginaria, ó con invocar un simulacro de irrigación para obtener del juez el derecho de dirigir á la propiedad vecina el agua destinada á la explotación de una fábrica, á la comodidad de una casa de campo ó al embellecimiento de un parque. Tampoco bastará contener un volumen de agua cualquiera á disposición, si el nivel de las tierras no permite la irrigación, ó si el volumen de agua es notoriamente insuficiente; porque la propiedad privada no puede ser sometida sino por un interés general que sólo puede existir cuando la irrigación es real y útil. Tál es el sentido según el cual se concibió la disposición, y los tribunales están armados de un poder discrecional propio para hacer que se respete el pensamiento de la ley (1).

Se ha fallado, por aplicación de este principio, que la servidumbre de acueducto no puede establecerse por interés de una fábrica (2). Nosotros estamos exponiendo los

1 *Monitor* de 13 de Febrero de 1845, Dalloz "Colección periódica," 1845, 3, 118, nota, 3 1.

2 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 415. Compárese, Demolombe, t. 11, p. 247, númer. 205). Aubry y Rau, t. 3º, p. 17 y nota 10.

principios de la ley, sin pretender justificarlos. El interés de la industria es tan digno de consideración como el de la agricultura; si se le ha excluido de las leyes nuevas, es porque éstas tenían un objeto especial. Cuando se revise el código civil, se tendrán mucho en cuenta las necesidades de la industria, porque ésta ha llegado á ser un principio de vida para las sociedades modernas.

*d) Establecimiento de la servidumbre.*

383. La ley belga de 1848, lo mismo que la ley francesa de 1845, de la que es reproducción, establecen principios concernientes á la competencia de los tribunales y de la administración. Por una parte, disponen que no derogan las leyes que rigen la policía de aguas. (Ley de 1848, art. 9). Por aplicación de esta disposición, la jurisprudencia francesa decide que la autoridad administrativa debe intervenir para conceder la toma de agua y para determinar el volumen que el propietario pueda transmitir por la servidumbre de acueducto (1). Si existen reglamentos que exijan la autorización de la administración, los ribereños deberán naturalmente observarlas. En ausencia de reglamentos, nosotros no conocemos una ley que exija concesión de la autoridad administrativa para el uso de aguas no navegables. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho, núm. 295.

En cuanto á los tribunales, su competencia está regulada por las leyes nuevas, que entran en los detalles de las atribuciones confiadas al poder judicial, sin duda para prevenir todo conflicto. En aquellas leyes no se dice que el juez deba necesariamente intervenir para el establecimiento de la servidumbre de acueducto. Los tribunales no tienen más misión que juzgar las contiendas que se les

1 París, 31 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 108).

someten. Si las partes interesadas se ponen de acuerdo, la servidumbre quedará arreglada por vía de convenio. En este sentido es como la ley de 1848 dice que las contiendas á que pueda dar lugar el establecimiento de la servidumbre se someterán á los tribunales. En seguida, la ley enumera las dificultades que pueden ser sometidas al juez: la fijación de la distancia que recorre el acueducto, de sus dimensiones y de su forma, la construcción de las obras de arte que se tienen que establecer para la toma de agua, la conservación de dichas obras, los cambios que se tienen que operar en las obras ya establecidas (articula 7).

384. Los tribunales gozan, en esta materia, de un poder casi discrecional. En efecto, la ley dice que ellos deberán conciliar el interés de la operación, es decir de la irrigación, con el respeto debido á la propiedad. Tales son los términos del art. 645 del código civil; llamados á conciliar opuestos intereses, los tribunales tienen por lo mismo un poder moderador. Nosotros hemos dicho ya en qué sentido deben ejercer ellos ese poder, según la discusión de la ley francesa. La jurisprudencia ha venido á completar esta interpretación en un punto capital, el volumen de agua de que el propietario puede disponer; de esto depende naturalmente la dimensión del acueducto y el gravamen que pese sobre los predios sirvientes. Si se concede á la administración el poder de autorizar la toma de agua, parece que debe reconocersele el derecho de fijar el volumen de agua que el propietario puede tomar (1). Pero hay que recordar que la administración no prejuzga nada de lo que concierne á los derechos de las partes interesadas; ella no hace más que regular los intereses generales, aun cuando intervenga por vía

1 Esto es lo que dice una sentencia de Orleans, de 3 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 162).

de concesión, núms. 314 y 330. Los derechos de las partes están determinados por la ley, y cuando se trata de corrientes de agua no navegables, los tribunales tienen un poder de conciliación que les permite distribuir el volumen de agua que los diversos ribereños tienen derecho á emplear.

Síguese de aquí que los jueces tienen también un poder discrecional en lo concerniente al volumen de agua que el propietario interesado toma para transmitirlo por el acueducto á la heredad que él quiere regar. La cantidad de agua no está necesariamente en relación con la extensión del predio del cual es propietario ribereño; los tribunales pueden tener en cuenta las necesidades del fundo que el propietario quiere irrigar, salvo que los co-ribereños rebaten, si hay lugar á ello. Hemos dicho co-ribereños, porque éstos son los únicos que tienen derechos que hacer valer; los propietarios intermedios, no ribereños, ninguna calidad tienen para disputar sobre el volumen de agua que pase por su predio. La ley prevee, es verdad, que haya contienda acerca del tamaño del acueducto, lo que se relaciona con el volumen de agua para el cual debe concederse el paso; pero esto no prueba que los propietarios intermedios tengan el derecho de negar el volumen de la toma de agua, sino que únicamente supone que estando determinada la cantidad de agua, se halla que el acueducto es demasiado grande, y que hay motivo para reducir sus dimensiones. Hay más: los tribunales no están obligados á reducir la toma de agua á reclamaciones de los ribereños; los tribunales pueden usar del poder moderador que les da el código civil, concediendo á la irrigación el agua que necesita, salvo el otorgar una indemnización á los ribereños lesionados. La jurisprudencia y la doctrina se hallan en este sentido (1).

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 17, notas 12-13, y las autoridades que ei-

385. Sábese que el propietario enclavado puede pedir un paso por los predios de sus vecinos; el art. 683 quiere que el paso se tome regularmente por el lado en que el trayecto es el más corto del predio enclavado á la vía pública, y el art. 684 agrega que debe fijarse en el paraje menos perjudicial á aquél sobre cuyo predio se concede. ¿Deben aplicarse estas disposiciones, por analogía, á la servidumbre de acueducto? Se había pedido que se inscribiesen en la ley, y que se permitiera á los propietarios intermedios indicar ellos mismos el sitio por donde las aguas deben pasar. El dictaminador contestó que ciertamente ese era el espíritu de la ley, pero que no se podían formular esas medidas de ejecución en el texto, porque podrían parecer de una aplicación imposible. En efecto, no pasa con un acueducto lo que con un simple tránsito; en rigor, puede uno pasar por donde guste, mientras que el agua no se conduce al capricho, supuesto que en esta materia todo depende del nivel del agua y del declive de los terrenos. Así, pues, era preciso, como lo ha hecho el legislador, atenerse á la prudencia de los tribunales, los que conciliarán el interés de la agricultura con el respeto debido á la propiedad (1).

386. Si el agua debe pasar por una vía pública ¿serán los tribunales competentes para autorizar el paso mediante un acueducto? La negativa es clara. En efecto, la vía pública está fuera del comercio, y no corresponde á los tribunales prescribir obras que podrían comprometer la circulación, es decir, el destino de los caminos. Cierto es que en el caso que nos ocupa, la ley es la que impone la servidumbre, pero la impone á las propiedades privadas; en cuanto al dominio público, éste no se halla sometido á servidumbres; salvo que la administración vea si el destinan. Sentencia de denegada apelación, de 8 de Noviembre de 1854 (Dalloz 1854, 1, 410).

<sup>1</sup> Dalloz, Informe sobre la ley de 1845.

no público de las vías de comunicación permite autorizar ciertos trabajos. Pero tales concesiones son, por su propia naturaleza, esencialmente precarias, y por lo tanto, revocables. Se ha objetado que la ley de 1848, que declara expresamente que no pretende derogar las leyes que rigen la policía del agua, no contiene reserva semejante en cuanto á las leyes sobre las vías públicas. La corte de Dijón contesta que esta reserva era inútil, porque se deja entender que una ley extraña á la vía pública no puede derogar las leyes sobre esta materia (1).

387. La servidumbre de conducción de agua establecida por la ley de 1848 se ejerce por medio de un acueducto; hay que aplicar aquí la disposición del art. 697, que autoriza al propietario del predio dominante á hacer todas las obras necesarias para usar de la servidumbre. Esto lo reconocen todos los intérpretes (2). ¿Quiere decir esto que el propietario pueda reclamar el uso de un acueducto existente en un predio intermedio? Nó, porque esto vendría á parar en hacerlo co-propietario no sólo del acueducto, sin otambién del agua que conduce. Esto sería, pues, una verdadera expropiación; se necesitaría una ley para conceder ese derecho, y el legislador se ha cuidado bien de llegar hasta este punto, porque la comunidad forzada es una fuente de dificultades y de litigios; la ley no la admite sino cuando á ello se ve obligada, y en el caso de que se trata, ninguna necesidad había de establecerla. Al propietario corresponde pedir el paso para el agua á que tiene derecho, y á los tribunales en concederlo si há lugar (3).

388. El que reclama la servidumbre de acueducto queda

1 Dijón, 4 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 2, 158).

2 Garnier, "Comentarios de la ley sobre las irrigaciones," pág. 9. Demolombe, t. 11, p. 256, núm. 215.

3 Nîmes, 15 de Febrero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 72).

sometido á la obligación que le impone el art. 644, si deriva el agua de un río para irrigar una propiedad no ribereña. Según los términos de esta disposición, el ribereño superior jamás puede absorber el agua con perjuicio de los ribereños inferiores. Aun cuando sea propietario de las dos orillas, está obligado á devolver el agua, á la salida de sus predios, á su curso ordinario. La toma del agua que él ejerce en virtud de la ley de 1848, está sometida al mismo gravamen, porque las leyes nuevas no derogan el código civil. Luego es preciso que el propietario, después de haberse servido del agua para la irrigación de su heredad, la devuelva á su curso ordinario. Esto supone que hay ribereños inferiores que tienen interés en recibir el agua; si ningún daño sufren por su desviación ó por su absorción no tienen derecho á quejarse, porque el derecho de los ribereños no es absoluto, sino que nace del perjuicio causado. Síguese de aquí, que los tribunales pueden conceder la servidumbre de acueducto, por más que el agua no sea devuelta á su curso ordinario, si de hecho no resulta ningún perjuicio (1). Los tribunales pueden también ejercer su poder de conciliación y permitir á un ribereño superior que derive el agua, aun cuando esta derivación ocasione algún perjuicio á algunos propietarios inferiores, salvo el concederles una indemnización, como lo expresa muy bien la corte de Nancy, á los tribunales les toca estimular y favorecer la irrigación; tal es el objeto de la ley nueva; luego es interpretarla conforme á su espíritu conciliar los intereses opuestos, concediendo la servidumbre de acueducto á uno de ellos é indemnizando al otro del daño que experimente.

389. El que reclama el paso del agua debe pagar á los

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 411), París, 31 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 208).

propietarios de los predios atravesados “una justa y previa indemnización.” Este es el principio que la Constitución establece en materia de expropiación (art. 11). “El respeto á la propiedad, dice el dictaminador de la ley francesa, ha impulsado á vuestra comisión á exigir que la indemnización fuese previa y pagada antes del comienzo de los trabajos, y sin la toma de posesión provisional. La indemnización debe también ser justa, es decir, proporcionada al daño real que experimenta el propietario del predio atravesado por el agua. En esta apreciación debe entrar no solamente el valor del terreno de que se le prive por el canal y sus dependencias, sino también el perjuicio que le causan la confección y la existencia del canal y la separación de la propiedad en dos ó varias partes. Esta indemnización es por lo demás, independiente de la que puede debérsele por las degradaciones que su propiedad haya sufrido por la irrupción del agua y que resultarían de la negligencia que el propietario del agua pusiere en la conservación y limpia del acueducto (1).

390. ¿Los propietarios de los predios atravesados por el acueducto tienen derecho al agua? En Francia se había hecho una proposición en tal sentido, cuando se discutió la ley de 1845. Parece bastante justo que los propietarios sean admitidos á la participación del agua cuando ésta excede las necesidades del que reclama su paso, salvo el compensar dicha ventaja hasta debida concurrencia con la indemnización que aquél debe pagar. La propuesta no fué aceptada. En primer lugar, habría sido de una aplicación singularísima, porque es natural presumir que un propietario no deriva más que el volumen de agua que necesita para la irrigación de sus tierras. Lo que sobre todo resolvió á la comisión á rechazar esa partición del agua, es que ha-

1 Dalloz, Informe sobre la ley de 1845 (Dalloz, “Recopilación periódica,” 1845, p. 120, nota 10).

bria dado lugar á incesantes pleitos sobre la cantidad de agua necesaria al uno, y sobre la que el otro emplearía. Esto no impide que las partes interesadas celebren respecto al uso del agua las convenciones que apetezcan. Así, pues, podía uno atenerse al interés de los propietarios; vale más la libertad que la violencia.

## *II. Servidumbre de derrame de las aguas de irrigación.*

391. Según los términos de la ley de 1848, art. 2, "los propietarios de los predios inferiores deberán recibir el agua de los terrenos así regados, salvo indemnización que pueda debérseles." La servidumbre de *derrame* es una consecuencia necesaria de la servidumbre de *acueducto*. El agua es traída por medio de trabajos de arte hacia un predio para que sirva á la irrigación. ¿Qué vendría á ser del agua que la tierra no absorbe? El propietario no tiene el derecho de verterla sobre los fundos inferiores, porque el código civil no le permite que la transmita á estas heredades, sino cuando baja naturalmente de los predios más elevados, sin que la mano del hombre contribuya á ello, art. 640; y en el caso actual la corriente misma es artificial. Luego era preciso extender la servidumbre establecida por el art. 640, obligando á los propietarios inferiores á recibir el agua. Este gravamen pesa no sólo sobre el propietario del terreno contiguo al que es regado, sino que se extiende á los propietarios de los predios subsecuentes, cuando hay necesidad. Por esta razón la ley dice: "los propietarios inferiores" (1). Y hay necesidad cuando el agua no es absorbida y cuando debe ser acarreada hacia un río. Y aún es legal la necesidad cuando el agua es derivada de una corriente de agua navegable ó no, y cuando el propietario debe devolverla á su curso natural.

1 Informe de Dalloz, en la "Recopilación periódica," 1845, 3, 120, nota 12.

392. En este último caso se presenta una dificultad. La corte de Metz ha fallado que se requieren dos condiciones para que haya lugar á la servidumbre de derrame creada por la ley nueva. Desde luego, se necesita que el agua haya servido para la irrigación de las tierras que no están á sus orillas. Esta primera condición se encuentra las más de las veces de hecho, porque ordinariamente es para regar un predio no ribereño por lo que se deriva el agua. No obstante, puede suceder que se necesite un acueducto para regar un predio que esté limitado por el agua corriente, cuando el escarpe de la orilla no permite que se practique una toma de agua. En este caso, ciertamente que habría lugar á la servidumbre de derrame en virtud del artículo 2; porque el texto no exige que el fundo sea no-ribereño, y el espíritu de la ley menos aún, puesto que ésta es una cuestión de necesidad. La segunda condición, según la sentencia de la corte de Metz, sería ésta: que el paso reclamado tenga por objeto devolver el agua á su curso primitivo (1). Esta condición tampoco está prescrita por el texto ni por el espíritu de la nueva ley. Si se deriva el agua de un río navegable, al gobierno que es el que otorga la concesión, es al que toca imponer al concesionario la obligación de devolver el agua á su curso ordinario, y el concesionario deberá naturalmente conformarse con esta condición. Si se trata de aguas derivadas de una corriente de agua no navegable, la ley quiere que el agua sea devuelta al río de donde se ha tomado; este es el derecho de los ribereños inferiores, pero no es absoluto; supone un perjuicio, y aun cuando hubiere perjuicio, los tribunales pueden conceder la servidumbre de acueducto, indemnizando á los ribereños interesados; y desde el momento en que hay servidumbre de acueducto, necesariamente hay servidumbre de derrame. Tal es la única con-

1 Metz, 5 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124).

dición que prescribe el art. 2; las aguas que han servido para el riego, son las que, mediante un acueducto, deben recibir los propietarios inferiores.

La corte de Metz ha sobrepasado la ley; los eruditos intérpretes de Zachariæ, dicen que es evidente el error de la corte (1). Sin embargo, se desechó el recurso por las conclusiones conformes del procurador de justicia Fabre. En el caso de que se trataba, el propietario quería verter el agua, no en su lecho primitivo, sino en una próxima corriente. La corte de casación resolvió que los tribunales tenían un poder discrecional para normalizar el derrame del agua, y que, por consiguiente, sus decisiones se escapaban á toda inspección. El fondeo de la decisión, sí. En cuanto al error de derecho que se halla en los motivos, la corte de casación para nada lo tiene en cuenta cuando la sentencia se justifica en el fondo.

393. La servidumbre de derrame es una consecuencia necesaria de la servidumbre de acueducto. En este sentido, de los tribunales depende su establecimiento, supuesto que tienen un poder discrecional para establecer la servidumbre de conducción de agua. Pero una vez establecida la servidumbre de acueducto, el derrame existe de pleno derecho sin la intervención del juez. Sólo que, como lo ha resuelto la corte de casación en la sentencia que acabamos de citar, los jueces pueden arreglar el ejercicio de la servidumbre, determinando la corriente que conviene dar á las aguas de irrigación. Bajo este concepto, hay una diferencia entre la nueva ley de derrame y la del artículo 640. Esta es obra de la naturaleza, la cual indica el predio sobre el cual gravita dicha servidumbre. Mientras que las aguas de irrigación tienen un curso artificial, por que pueden verterse indiferentemente sobre uno ú otro predio. En caso de contienda, los tribunales resolverán,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 18 y nota 17.

usando del poder de conciliación que les concedé la ley, art. 7 de la ley de 1848.

394. ¿Los propietarios inferiores tienen derecho á una indemnización? Según los términos del art. 2, podrá dárseles una indemnización. Las más de las veces el derrame del agua les será ventajoso, puesto que lo podrán utilizar. Esto al menos fué lo que se dijo en el dictamen de la comisión francesa. En realidad, la ley les impone un gravamen y no les da ningún derecho. Sólo por la fuerza de las cosas, la infiltración del agua será provechosa á los predios ribereños. De todas maneras, es la verdad que esta consideración ha inducido al legislador á no conceder una previa indemnización. No puede saberse de antemano si hay un daño y cuál será la cuantía de los daños y perjuicios (1).

### *III. Servidumbre de apoyo (2).*

395. Todo propietario que quiere servirse, para la irrigación de sus propiedades, del agua en la que tiene derecho de disponer puede, mediante una justa y previa indemnización, obtener la facultad de apoyar en la propiedad del ribereño opuesto las obras de arte necesarias para su toma de agua. (Ley de 1848, art. 59.) La servidumbre de apoyo, dice el dictaminador de la ley francesa, es el complemento necesario de la ley que ha establecido el derecho de acueducto para favorecer la irrigación y á causa de la agricultura. Esto no quiere decir que los ribereños puedan reclamar la servidumbre de apoyo sino como accesorio de la servidumbre de acueducto. Ellos pueden in-

1 Informe de Dalloz, en la "Recopilación periódica" de Dalloz, 1845, 3, 120, nota 12. Discurso del ministro de gobernación, al dictarse la ley belga de 1848 (sesión de 22 de Marzo de 1848).

2 Ley francesa de 11 de Julio de 1847 (Dalloz, "Recopilación periódica," 1847, 3, 120), reproducida en la ley belga de 27 de Abril de 1848, artículos 5 y 6.

vocar el beneficio de la ley nueva, aun cuando se sirvan del agua para la irrigación de sus predios ribereños, sin solicitar el paso del agua por los predios vecinos. Según el código civil, ellos podían hacer en la orilla de que eran propietarios las obras que quisieren; pero no tenían el derecho de apoyarlas en la orilla opuesta que no les pertenecía. Ahora, bien las más de las veces los trabajos no son eficaces sino cuando se hacen en ambas orillas. El cauce de los ríos es generalmente inferior á sus bordes, por lo que es necesario levantar artificialmente el nivel del agua, lo que requiere diques, y por consiguiente, el derecho de apoyarlos en la orilla opuesta. En este sentido, puede decirse que la servidumbre de apoyo es la consecuencia natural del derecho de irrigación.

396. ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para el establecimiento de la servidumbre de apoyo? Ella no existe de pleno derecho; y es no obstante, legal en el sentido de que puede ser reclamada en virtud de la ley, pero debe ser solicitada lo mismo que la servidumbre de acueducto. "Todo propietario podrá obtener la facultad," dice el art. 5. Luego hay que aplicar aquí lo que hemos dicho de la servidumbre de acueducto (núm. 375). La servidumbre de apoyo no puede ser solicitada sino por los que tienen el derecho de servirse del agua lo que supone un río no navegable. Los ribereños de estas corrientes de agua tienen el derecho de servirse de ellas, dentro de los límites determinados por el art. 644, y con la reserva del poder discrecional de los tribunales consagrados por el art. 645. De esto resulta que en caso de contienda sobre el establecimiento de la servidumbre de apoyo, los tribunales tienen igualmente un poder de conciliación; lo tienen en virtud del art. 645, en lo concerniente al derecho de irrigación; lo tienen en virtud de la ley nueva, en lo concerniente á las obras necesarias para el ejercicio de ese derecho (art. 7).

•Por último, la administración debe autorizar los trabajos (núm. 295); si su intervención es necesaria para las tomas de agua, con mayor razón lo es para los trabajos de arte, que al ejecutarse en ambas orillas, interesan necesariamente á todos los ribereños.

La ley dice que el propietario podrá obtener la servidumbre de apoyo para la irrigación de sus propiedades. También bajo este concepto, hay identidad entre la servidumbre de apoyo y la de acueducto. Ella no podrá solicitarse para usos industriales, ni para uso de simple recreo (núm. 382); y si se solicita para la irrigación, preciso es que haya un interés que justifique la restricción al derecho de propiedad que uno de los ribereños quiere imponer á su co-ribereño. Vamos á transcribir el dictamen rendido por Dalloz á la Cámara de diputados, porque da á conocer el espíritu con que debe aplicarse la ley: "El derecho de apoyo no puede justificarse sino por un interés real y sencible de irrigación; la servidumbre legal sólo con este fin se ha instituido, y los tribunales están armados del poder discrecional de rechazar toda demanda que no se base manifiestamente en dicho iuterés ó que sólo pueda satisfacerlo causando grave daño á las propiedades cercanas. Así, por ejemplo, los tribunales no autorizarán el derecho de apoyo cuando tenga únicamente por objeto el riego de un césped de puro recreo, ó de una partícula insignificante de pradera. Tampoco lo autorizarán cuando, en razón de una extrema inferioridad del nivel de los terrenos sobre los cuales se reclama, la barrera los expusiese á una inundación que exigiera la construcción no sólo de un muro de algunos metros, sino de un dique de mucha extensión. Los tribunales concederán ó rehusarán la servidumbre de apoyo según las circunstancias que deben apreciar en su sabiduría (1)."

1 Informe de Dalloz, "Recopilación periódica," 1847, 3, 121, nota.  
P. de D. TOMO VII.—68

397. ¿Quién puede reclamar la servidumbre de apoyo? La ley contesta: Todo *propietario* podrá obtener la facultad de apoyar, en la propiedad del *ribereño opuesto*, las obras que sean necesarias para su toma de agua." Por la palabra "proprietario," la ley entiende al que posee una de las dos orillas de una corriente de agua y que quiere apoyar un dique en la otra orilla. Síguese de aquí que nada más los ribereños pueden reclamar la servidumbre de apoyo. Cuando se discutió la ley francesa, se había propuesto extender el beneficio de la servidumbre nueva á todos los que tuviesen el derecho de disponer del agua, y por consiguiente á los concesionarios. La proposición vivamente combatida por interés de la propiedad, se remitió á la comisión. Esta la rechazó. El dictaminador dijo que no debe confundirse la servidumbre de acueducto con la servidumbre de apoyo; la primera puede ser provechosa á ciertos concesionarios; la segunda sólo se establece por interés de los ribereños. En el informe no se halla un motivo jurídico de esta diferencia; lo que parece haber decidido á la comisión, es que la proposición casi no tenía interés práctico. En efecto, el ministro de fomento declaró que él jamás había otorgado una concesión de toma de agua en un río navegable; con mayor razón, dice el informe, se otorgaría cuando se tropezase con los derechos de los ribereños, es decir, cuando se tratase de corrientes de agua no navegables (1).

Así, pues, en la mente de la comisión, la servidumbre se restringe á los ribereños: ella lo dice en términos formales. No obstante, la cuestión es controvertida en lo concerniente á las convenciones hechas por los mismos ribereños. De esto no se preocuparon en la discusión, por lo que podría decirse que la restricción hecha en el dictamen no se refie-

1 Véase la discusión embrolladísima y el texto del informe en Dailoz, 1847, 3, 120-123.

re sino á las concesiones que emanen del gobierno (1). Nosotros queríamos admitir esta ~~interpretación~~, porque la restricción es muy ilógica. A una persona que no es ribereña se le permite que adquiera una toma de agua, se le permite que la lleve por un acueducto á un predio que no es ribereño, y no se quiere que ejecute las obras necesarias para que aproveche la toma de agua. Esto equivale á darle con una mano una facultad y retirársela con la otra. ¿Pero es posible la interpretación extensiva en presencia del texto que restringe la servidumbre á los ribereños, y del informe de la comisión que es más restrictivo todavía? Nosotros no lo creemos.

398. Se ha fallado que el propietario que tiene el derecho de disponer del agua de un río y de establecer, en su calidad de ribereño, una toma de agua en una de las orillas, puede obtener el beneficio de las servidumbres de acueducto y de apoyo en la orilla opuesta, para la irrigación de una propiedad situada en esta orilla (2). Hay un motivo para dudar. En cuanto á la servidumbre de acueducto, puede reclamarla el que no es ribereño, y con más razón, el que es propietario de una orilla tiene el derecho de establecer una toma de agua á la otra orilla. No sucede lo mismo con la servidumbre de apoyo, pues, para obtenerla, se necesita ser ribereño. Ahora bien, en el caso de que se trata, el propietario que la pedía tenía únicamente el derecho de establecer una toma de agua, lo que no equivale á la propiedad de la orilla. ¿Puede el intérprete llegar hasta este punto? A nuestro juicio, no. Había, además, otra razón para dudar, y es que la propiedad estaba situada en la ribera opuesta á aquella en que el propietario tenía la toma de agua, lo que también se halla en oposi-

1 Esta es la opinión de Aubry y Rau, t. 3º, p. 19, nota 22.

2 Dijon, 26 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 501).

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 habría 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 de 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, porque 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 (Daloz, 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 establece 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, sera 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 drenage.*

*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 haciendo pasar, por medio de acequias ó 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 (Dalloz, 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 crean una nueva servidumbre de desague.

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. I, es decir, las de la servidumbre de acue-

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

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

ducto. Otro miembro, Theux, dijo que el art. 3 se refería á la vez al art. I 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. 1º; lo que la ley crea es una servidumbre de *paso*; siendo idéntica la servidumbre, los principios deben ser también los mismos. Aé 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 no 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. 1º. 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 1º, 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 *drenaje* 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 desague acarréase gastos fuera de toda proporción con el valor total del terreno desecado, se establecen cañales 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 regadio, no es de mediano inte-

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

2 Dalloz, “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 apercibieronse 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, preveen 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 (Dalloz, “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 drenage 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.

clara aplicable á la servidumbre de drenaje, el art. 7 de la ley de 1848; y según los términos de este artículo, las disputas que pueda originar el establecimiento de la servidumbre se llevan ante los tribunales que, en esta materia tienen un poder de conciliación, es decir, un poder discrecional; luego pueden tener en cuenta todos los intereses. La ley francesa está concebida en el mismo sentido, y la corte de casación ha fallado que la servidumbre de drenaje puede establecerse á favor de los terrenos explotados para la extracción de productos minerales. Así, pues, la ley recibe su aplicación á todos los fundos, sea cual fuere su naturaleza (1). Una sola condición se requiere, y es que se trate de drenaje, es decir, como lo expresa la ley belga, de terrenos que deben desecarse, por medio de canales subterráneos ó á cielo abierto. Luego si el propietario de un estanque quisiera desecarlo, mediante la operación de drenaje, podría invocar el beneficio de la nueva ley. Mas si, al contrario, como ha ocurrido en Francia, el propietario de un estanque quiere mantener el terreno en el estado de estanque, estableciendo obras que le permitan elevar ó bajar á voluntad el nivel del agua, y por este medio llenar ó secar el estanque alternativamente, ya no hay lugar á aplicar la ley de 1851; ¿puede ser cuestión de servidumbre cuando no hay desecación? (2).

412. Se ha comparado la servidumbre de paso, que la ley de 1851 establece para el drenaje, con la servidumbre de paso que el art. 682 del código civil otorga al propietario de un fundo enclavado. Hay enclave respecto á las aguas en el sentido de que no encuentran salida; los trabajos de drenaje tienen por objeto procurar su desagüe. He aquí el interés de esta comparación que se encuentra

(1) Sentencia de casación, de 14 de Diciembre de 1859 (Dalloz 1859, 1, 504).

(2) Compárese, sentencia de casación, de 5 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 454), y la nota del recopilador.

en una sentencia de la corte de casación de Francia. El paso, en caso de enclave, no se concede sino á aquél cuyo fundo no tiene ninguna salida para la vía pública. ¿Se necesita que haya una imposibilidad absoluta de paso para que haya enclave? La jurisprudencia deja á los tribunales una grande amplitud de apreciación. Se ha fallado que éstos tienen el mismo poder en materia de drenaje: incumbeles apreciar y combinar los hechos y las circunstancias de donde resulten las dificultades y los obstáculos equivalentes á imposibilidad de hacer correr el agua de otra manera que no sea dirigiéndola hacia el predio vecino (1). Caso no puede haber duda respecto al poder discrecional del juez, puesto que la ley belga encarga expresamente á los magistrados que concilien los intereses opuestos del propietario que quiere desecar su terreno y el de los propietarios inferiores por cuyos fundos debe pasar el agua.

413. Los propietarios por cuyos fundos son llevadas las aguas tienen derecho á una indemnización justa y previa. Luego debe aplicarse aquí lo que hemos dicho de la servidumbre de acueducto. Siendo previa la indemnización, sigúese que debe pagarse íntegra antes de la toma de posesión de los terrenos en los cuales se ejecutarán los trabajos. Un tribunal había otorgado como indemnización del drenaje una suma que debía percibirse sucesivamente, año por año, después de la terminación de los trabajos. Esta decisión, á pesar de ser equitativa, se hallaba en oposición con el texto formal de la ley francesa, por lo que fué casada (2). Lo mismo sería según la ley belga.

414. Las exenciones otorgadas para la servidumbre de acueducto en favor de los edificios, de los patios, parques

1 Sentencia de denegada apelación, de 1º de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 186).

2 Sentencia de casación, de 14 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 504).

y vallados contiguos á las habitaciones, se han extendido á la servidumbre de drenaje por la ley de 1851, así como por la ley francesa. En la Exposición de motivos de la ley de 1854 se lee: "La servidumbre se detiene en los umbrales de la habitación, y el dogma de la inviolabilidad del domicilio que proteje al ciudadano contra las importunidades, perturbaciones, y aun peligros de un acceso contrario á su voluntad, se aplica igualmente á los anexos y dependencias de la habitación."

415. Hay un vacío en la ley belga, la cual no permite á los propietarios por cuyos fundos pasa el agua que aprovechen los trabajos de drenaje. Este vacío lo colmó la ley francesa cuya disposición vamos á transcribir: "Los propietarios de fundos *vecinos* ó *atravesados* tienen la facultad de servirse de los trabajos ejecutados en virtud del artículo precedente, para el desague de sus fundos. En tal caso soportan: 1º, una parte proporcional en el valor de los trabajos de que se aprovechan; 2º, los gastos que resulten de las modificaciones que puede hacer necesarios el ejercicio de esta facultad, y 3º, para lo sucesivo una parte contributiva en la conservación de los trabajos que se han hecho comunes." Como lo expresa la Exposición de motivos, el legislador espera que el ejemplo dado por un propietario estimulará á sus vecinos á intentar á su turno el drenaje; es preciso favorecer este útil aliciente. Por esto es por lo que la ley permite no sólo á los propietarios gravados con la servidumbre, sino hasta á los vecinos, que aprovechen los trabajos de desecación (1).

416. Los trabajos de drenaje interesan las más de las veces á un gran número de propietarios. Importaría que uniesen sus esfuerzos, porque la asociación disminuiría los gastos y extendería los beneficios del drenaje á todas las

1 Exposición de motivos de la ley francesa de 1854 (Dalloz, "Recopilación periódica," 1854, 4, 97, núm. 9).

propiedades, desbaratando de esta suerte las resistencias que en más de una ocasión se deben á la falta de acuerdo y á un egoísmo mal entendido. En Francia no se han atrevido á llegar hasta este punto. El legislador ha preferido atenerse á la iniciativa de los individuos; sin embargo, ha estimulado á las asociaciones permitiéndoles que se constituyan en sindicatos: lo que equivale á una personificación civil, á causa de la cual los propietarios asociados pueden ejecutar los trabajos de conjunto por vía de expropiación por causa de utilidad pública (1).

En Bélgica existen estas asociaciones con el nombre de *wateringues*. La ley de 18 de Junio de 1846 autorizó al gobierno á que dictase un reglamento de administración pública para la institución y la organización de administraciones de *wateringues*, por interés de la desecación, de la irrigación y del mejoramiento de las riberas y valles del Escant, del Lys y del Dendre. Este reglamento se expidió por real decreto de 9 de Diciembre de 1847, cuyo artículo 1º está concebido en estos términos: "Las propiedades situadas en los valles del Escant, del Lys y del Dendre, é interesadas en trabajos comunes de desecación ó de irrigación, se constituirán en asociaciones de *wateringues*." El beneficio de tales asociaciones se extendió por la ley de 27 de Abril de 1848 á todas las localidades en donde fuesen necesarios los trabajos de desecación, art. 8.

416 bis. La ley belga sobre la servidumbre de drenaje mantiene la competencia de los tribunales en esta materia; mientras que la ley francesa somete al juez de paz, como primera instancia, las contiendas á que puedan dar lugar el establecimiento y el ejercicio de la servidumbre, la fijación del trayecto recorrido por las aguas, la ejecución de los trabajos de drenaje, las indemnizaciones y los gas-

1 Ley de 1854, arts. 3 y 4, y Exposición de motivos (Dalloz, "Recolección periódica," 1854, 4, 96 y 97, núms. 10 y 11).

tos de conservación. Esta es una feliz innovación. Se ha notado en Francia que la necesidad de recurrir á los tribunales de primera instancia, jurisdicción lejana, lenta y costosa, era uno de los obstáculos que habían estorbado la aplicación de las leyes expedidas para favorecer la irrigación; la jurisdicción de los jueces de paz, más inmediata á los litigantes, menos dispendiosa y más rápida, favorecerá el drenaje. Deberíase conferirles el conocimiento de todas las disputas referentes á irrigación y desecación (1).

### *SECCION II.—Del deslinde (2).*

#### § I.—PRINCIPIOS Y CONDICIONES.

417. Según los términos del art. 646, “todo propietario puede obligar á su vecino al deslinde de sus propiedades contiguas.” El deslinde es el acto por el cual los dos vecinos señalan los límites de sus heredades. A este efecto, sirvense de signos materiales llamados mohones ó lindes: y de aquí la palabra amohonamiento ó deslínde, la cual significa también la acción que uno de los vecinos tiene contra el otro para constreñirlo á que implante mohones. Cada uno de los propietarios tiene interés en que algunas marcas exteriores y patentes separen sus predios, á fin de impedir las usurpaciones de uno de ellos con perjuicio del otro, así como las disputas que origina la falta de linderos. Este es el motivo que da Pothier, y el dictaminador del Tribunal lo ha reproducido (3).

El código pone el deslínde entre las servidumbres deri-

1 Informe acerca de la ley francesa de 1854 (Daloz, “Recopilación periódica,” 1854, 4, 101, núm. 37).

2 Ourasson, “Tratado de las acciones posesorias y otros derechos de vecindad.” París, 1842, 1 vol. in 8º; Millet, “Tratado del deslínde,” 3<sup>a</sup> edición, 1862, 1 vol. in 12.

3 Pothier, *De la vecindad*, núm. 231. Albisson, Informe núm. 9 (Looré, t. 4º, p. 187).

vadas de la situación de los lugares; sábese que por esto entiende ciertas obligaciones que nacen de la vecindad. En el consejo de Estado, Reynaud de Saint-Jean d'Angély criticó la clasificación adoptada por los autores del código civil: el deslinde no es una servidumbre, dijo él, y esta materia estaría en su lugar propio en el código rural. Treilhard contestó que la obligación de sufrir el deslinde era una servidumbre. A este razonamiento, fué adoptado el artículo. El orador del gobierno agrega que ésta es una disputa de palabras; que siendo el deslinde una obligación reciproca entre vecinos, hallaba su sitio en el título de las *Servidumbres* (1). No puede ser disputa de palabras dar una idea exacta de las relaciones jurídicas que existen entre los hombres. Ahora bien, claro es que la obligación de deslindar nada tiene de común con las servidumbres, y no es justificar la clasificación del código el decir "que el deslinde constituye un atributo real de la propiedad" (2); porque por lo mismo que el deslinde es un atributo de la propiedad, no es una servidumbre.

418. Para que haya lugar á deslinde, precisa que las propiedades sean contiguas; el código lo dice (art. 646) y el sentido común es suficiente para establecer esta condición esencial. Luego si dos predios están separados por un terreno perteneciente á tercera persona, los dos propietarios no pueden promover el deslinde. La corte de casación así lo falló en un caso en que el terreno intermedio era una propiedad comunal cuyos límites no eran precisos. Poco importa; de todos modos, el demandado debía ser solventado de la acción, porque el actor no tenía el derecho de intentarla contra él (3). Lo mismo sería si las dos hereda-

1 Sesión de 4 brumario, año XII, núm. 12 (LoCré, t. 4º, p. 107. Berlier, Exposición de motivos, núm. 7 (LoCré, t. 4º, p. 179).

2 Denolombe, t. 11, p. 280, núm. 142.

3 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Junio de 1827 (Dalloz, en la palabra *deslinde*, núm. 15).

des estuviesen separadas por una corriente de agua, sin que se tenga que distinguir si es ó no navegable. Cierto es que, en nuestra opinión, los ríos no navegables son propiedad de los ribereños; pero son una propiedad muy especial, que en el caso que uno ocupa hacen veces de linderos, supuesto que el derecho de cada ribereño sólo se extiende hasta la mitad de la corriente de agua (1).

Otra condición que se requiere para que tenga lugar el deslinde, es que las heredades sean fundos de tierra: los edificios están limitados por sí mismos, puesto que las paredes sirven de lindes. Esto supone que los dos edificios se tocan; si están separados por un terreno no edificado, la acción de deslinde es admisible (2).

Se exige una tercera condición, y que los terrenos contiguos sean propiedades divididas. Si los predios forman una propiedad indivisa, no puede haber cuestión de deslinde. Inútil es citar leyes romanas para establecer un principio que dicta el sentido común. Déjase entender que los comunistas podrían pedir el deslinde contra de un propietario vecino, aun cuando la heredad contigua perteneciese á uno de ellos: como hay dos propiedades, se las debe demarcar.

419. En varias ocasiones se ha fallado que no había lugar á deslinde cuando existen ya mohones que separan las dos heredades. Esto es de palmaria evidencia. Por ejemplo, entre dos propiedades rústicas existe un seto vivo y antiguo, y consta que es la medianería, ésta prueba que el seto es la linea separativa de los dos fundos contiguos: ¿para qué entonces fijar mohones cuando ya existe uno que señala el límite de las dos heredades? (3). Sin embargo,

1 Pardessus, t. 1º, p. 297, núm. 118, y las autoridades citadas por Dalloz, en la palabra *deslinde*, núm. 16.

2 Ahbry y Rau, t. 2º, p. 222, nota 6, y las autoridades allí citadas.

3 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Noviembre de 1868 (Dalloz, en la palabra *deslinde*, num. 18, 2º). Bruselas, 9 de Julio de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, p. 141).

por evidente que parezca esta regla, no deja de tener sus dificultades de aplicación. No hay más lindes que los que han sido implantados de común acuerdo por los propietarios interesados ó en virtud de una sentencia judicial (1). De aquí nace la cuestión de saber si es suficiente que haya, en el límite de ambas heredades, cualquier especie de señales que parezcan demarcarlas, para que deba rechazarse la acción de deslinde. En más de una sentencia se lee que si los lindes son antiguos (2), hay presunción de que fueron puestos con el concurso de ambos vecinos. Ciertamente que esto es posible; pero qué toda probabilidad es presunción? Aquí volvemos á tropezar con la confusión que hemos señalado en más de una ocasión en la jurisprudencia cuando se trata de presunciones. En una sentencia de la corte de Bruselas se lee que la presunción, en el caso de que se trata, es una de aquellas que son llamadas presunciones del hombre, las cuales admiten prueba en contrario (3). Abramos el código. Este establece desde luego la regla elemental, que al actor corresponde probar el fundamento de su demanda, y sábase que el demandado se torna actor cuando opone una excepción á la acción que contra él se ha intentado, art. 1315. El actor en deslinde nada tiene que probar, si no es que las dos son rústicas y contiguas; su derecho está escrito en la ley. ¿Qué es lo que el demandado le opone? Que hay lindes. ¿Basta para esto que haya ciertos signos materiales que parezcan delimitar las dos heredades? Estos signos nada prueban por sí solos, y se necesita que se hayan fijado de común acuerdo por las partes interesadas. Así, pues, se necesita que el demandado establezca este acuerdo. En

1 Rennes, 11 de Julio de 1829 (Dalloz, en la palabra *deslinde*, número 19). Demolombe t. 11 p. 299 núm. 268.

2 Aix, 7 de Julio de 1838 (Dalloz, *Deslinde*, número 20). Lieja, 13 de Marzo de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 27).

3 Bruselas, 13 de Agosto de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 29).

vano se dirá que los lindes son antiguos, y que es probable que los dos vecinos los hayan colocado. Esta es una simple presunción del hombre, es decir, una de esas probabilidades de hechos que la ley abandona á la prudencia del juez; pero puede éste decidir siempre las diferencias por medios de tales presunciones? El art. 1353 contesta á nuestras preguntas: las presunciones del hombre no son admisibles sino en los casos en que la ley admite la prueba testimonial, es decir, en los litigios cuyo valor pecuniario no excede de cincuenta francos; lo que las excluirá casi siempre en materia de deslinde. Dejemos, pues, en su lugar las presunciones del hombre; y en cuanto á las presunciones legales, no las hay en el caso al debate. Nuestra conclusión es que si el demandado no logra probar que las marcas que él alega han sido plantadas en virtud de una convención ó da un fallo, debe resolverse que legalmente no hay lindes, y por lo tanto, que será admisible la acción de deslindes.

420. Los hechos ejercen grande influencia en esta materia. Se ha fallado que la acción de deslinde siempre es admisible, á menos que existan lindes que tengan un carácter acostumbrado (1). ¿Quiere decir esto que existan marcas legales? No, porque la ley guarda silencio acerca de este punto; y las partes pueden, sin duda alguna, escoger los signos que se les ocurra, aun cuando no sean los acostumbrados; lo esencial es que se compruebe el acuerdo de las partes. Cuando hay duda y disputa sobre este punto es cuando los jueces deben tener en cuenta los usos locales. La corte de Gante falló que en el Flández occidental, y notablemente en los barrios al norte de la ciudad de Brujas, la acequia medianera es el medio general y casi exclusivo de limitar dos propiedades contiguas;

1 Sentencia de casación, de 30 de Diciembre de 1818 (Dalloz. *Deslindo*, núm. 19).

fundándose en este uso, así como en los hechos y circunstancias de la causa, la corte resolvió que la acequia litigiosa era una acequia medianera, y que no había lugar á acoger la acción de deslinde, supuesto que cuando hay lindes no puede ya tratarse de deslinde (1). Nosotros hacemos constar la jurisprudencia, sin aprobarla de todo á todo. Aun cuando en el límite de las dos heredades se hallasen lindes acostumbrados, esto todavía no prueba que se hayan fijado contradictoriamente, y todo depende de esto. Sin duda alguna que es muy probable que ciertas marcas que regularmente sirven de limitación hayan sido plantadas de común acuerdo; pero las probabilidades, por fuertes que sean, no son pruebas, y no llegan á serlo sino cuando el legislador deduce de ellas una presunción. Esto es lo que la ley debiera haber hecho, pero como no lo ha hecho, quedamos bajo el imperio de los principios generales que rigen las pruebas.

421. Aun cuando no se duda de la existencia de los lindes, la acción de deslinde será, no obstante, admisible si una de las partes pretende que ha habido usurpaciones; el que se ha visto privado de una parte de su propiedad por una usurpación, debe tener el derecho de reclamarla. Sólo que en este caso la acción de deslinde implica una reivindicación. Volveremos á tratar este punto más adelante. Un sendero separa dos heredades; los dos vecinos colocan mohones en cada extremidad. Uno de los propietarios hace comparecer á su vecino ante el juez de paz, á efecto de que contribuya al sostenimiento del sendero. En seguida, él descubre un antiguo linde en la heredad contigua, más allá del sendero, e intenta una acción de deslinde. ¿Era admisible ésta? La corte de Bruselas la admitió (2). A decir verdad, la acción no tenía por objeto di-

1 Gante, 2 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 73).

2 Bruselas, 3 de Marzo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, p. 23).

recto el deslinde, sino que tenía á probar que anteriormente al último deslinde, uno de los vecinos había cometido usurpaciones; el actor debía, pues, probar en primer lugar la usurpación, y admitida su acción, de ella resultaba la necesidad de un nuevo deslinde. Esto no es una diferencia de palabras, porque como más adelante veremos la acción de deslinde y la de reivindicación difieren muchísimo.

#### § II.—¿QUIEN PUEDE INTENTAR LA ACCION DE DESLINDE?

422. Todo propietario, dice el art. 646. La corte de Rennes ha fallado, y con razón, que durante la indivisión el heredero puede, así como todo co-propietario por indiviso, intentar la acción de deslinde. En efecto, él es propietario de la propiedad que ha de ser deslindada, y tiene interés en que lo sea, supuesto que la continencia de los fundos debe conocerse con exactitud cuando se vaya á practicar la partición. En el caso jurídico presente, el heredero actor tenía, además, un interés más urgente, y era que la prescripción estaba á punto de vencerse con perjuicio de la testamentaría. No obstante, los demás herederos se negaron á unirse con el actor. Esto no era óbice para que él no tuviese el derecho de promover, en virtud de su derecho de co-propiedad, que se extendía á todos los objetos hereditarios (1).

423. ¿El actor debe probar que es propietario? Hay en esto alguna duda. ¿No puede decirse que perteneciendo la acción al propietario solo, la prueba de la propiedad es una condición prescrita para que la acción se pueda intentar? Podría agregarse que el demandado tiene interés en que el verdadero propietario figure en la causa, porque no podría oponer el fallo que obtuviese al propietario que no

1 Rennes, 11 de Julio de 1829 (Daloz, *Deslinde*, núm. 19).

hubiese sido parte en el litigio. Esta es la opinión de Pardessus, y á nuestro juicio, es la buena (1). Sin embargo, la doctrina contraria es la que se sigue generalmente, y la que la jurisprudencia consagra. Se invoca la autoridad de Pothier, el cual efectivamente enseña que el poseedor de una heredad, á quien se tiene por propietario, sea lo ó no, es parte capaz para intentar esta acción; y no necesita justificar su propiedad, porque su posesión hace que se le presuma propietario (2). Nosotros hemos dicho en muchas ocasiones que deben verse con desconfianza las presunciones que la ley ignora. La posesión es un hecho, y no tiene otros efectos que los que el legislador le atribuye. Si en materia de deslinde, la ley hubiera querido poner al poseedor en la misma línea que al propietario, lo habría dicho y habría debido decirlo, á fin de que el fallo pronunciado con el poseedor se pudiese oponer al propietario. En el silencio del código, nosotros no admitimos esa pretendida presunción. El que promueve debe probar que tiene calidad para promover; luego el que demanda el deslinde diciéndose propietario, debe probar que lo es.

424. El art. 646 dice que todo *propietario* puede promover la acción de deslinde. Se pregunta si el propietario es el único que tiene este derecho. Generalmente se admite, que la misma facultad pertenece á los que tienen un derecho real en la cosa, derecho en cuya virtud tienen interés en pedir el deslinde. En efecto, el propietario puede promover, porque tiene un derecho real; luego el mismo derecho debe otorgarse al usufructuario, al usuario, al enfiteuta. Nosotros hemos dicho ya que el usufructuario y el nudo propietario tienen uno y otro el derecho de intentar la acción; en consecuencia, el demandado tiene el derecho de

1 Pardessus, t. 2º, p. 299, núm. 331. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 223, nota 10, y las autoridades que citan.

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 232.

hacer comparecer á las dos partes interesadas, á fin de no tener que sostener un nuevo pleito. En cuanto al anticresista, la decisión depende del punto de saber si tiene un derecho real, y esto lo examinaremos en el título de la *Prenda*. El arrendatario, que no tiene ningún derecho en la heredad, es evidente, dice Pothier, que no tiene capacidad para intentar la acción de deslinde; si se ve turbado en su goce por contiendas acerca de los límites de las tierras que tiene en arrendamiento, debe promover contra el arrendador para que éste ponga un termino á ese desorden, mandando amohonar los fundos arrendados. Estos principios son, además, los de nuestro derecho moderno, como lo diremos en el título del *Arrendamiento*, por más que se haya pretendido que el derecho del arrendatario se ha vuelto real.

425. ¿Contra quien se debe ó se puede formular la demanda? Según el art. 646, contra el propietario contiguo. Se necesita que el demandado sea propietario, porque representa el mismo papel que el demandante, supuesto que no puede deslindarse una de las heredades sin que la otra lo sea. Luego si la acción se intentase contra el arrendatario, el demandado debería declarar su título, y el arrendador-debería comparecer. Se necesita, además, que el demandado sea propietario contiguo, supuesto que la contigüedad es la condición esencial del deslinde.

Se pregunta si los vecinos no contiguos pueden ser ciudadanos, sea por el actor, sea por el demandado, sea por el juez de paz. La jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado por la afirmativa. Hay, sin embargo, alguna duda, por lo menos en cuanto á la manera de proceder. La corte de casación ha admitido la validez de la acción dirigida contra todos los vecinos interesados, contiguos ó no, por la razón de que el tribunal había reconocido que la presencia de aquéllos era necesaria para el deslinde re-

gular de las propiedades limitrofes (1). Que debe citarse á los vecinos cuando su presencia sea necesaria, no cabe duda que sí. Pero ¿por quién? El texto del código no permite la demanda sino contra el propietario contiguo; así, pues, al demandado corresponde traer á la causa á su vecino, y así sucesivamente. Demolombe (2), á la vez que confiesa que este modo de proceder es el más regular, agrega que la ley no lo impone necesariamente. ¿Y cómo entonces sería el más regular si la ley no lo establece? En cuanto al tribunal, se ha fallado que, como la ley atribuye al juez de paz el conocimiento de las acciones de deslinde, no ha podido rehusarle los medios necesarios para llenar bien su misión; y puede presentarse el caso en que para deslindar exactamente dos propiedades contiguas, sea necesario extender la operación á las propiedades vecinas. Esto era lo que el juez de paz había reconocido, en el caso que nos ocupa, al transladarse á los lugares en cuestión. Sin embargo, la corte parece que no tiene una completa confianza en esta argumentación, porque tiene cuidado de agregar que los vecinos inmediatos del único propietario oponente habían pedido el deslinde de sus tierras contiguas con las de éste, lo que entraba en la aplicación textual del art. 646 (3). Vale más siempre atenerse estrictamente á la ley.

426. ¿Cuál es la capacidad que se requiere para intentar la acción ó para contestarla? Hay controversia acerca de este punto, lo que proviene de que con el nombre de demanda de deslinde se confunden dos acciones muy diferentes. Hay acción de deslinde cuando el actor concluye en que se coloquen mohones en la línea separativa de dos

1 Sentencia de denegada apelación, de 20 de Junio de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 312).

2 Demolombe t. 11 p. 298, núm. 267.

3 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 31).

heredades contiguas, siendo dicha línea patente y fuera de discusión. En este primer caso, no hay duda alguna; es un acto de administración, ó por mejor decir, de conservación, que el tutor tendría derecho de ejecutar, así como el menor emancipado y el marido administrador de los bienes de su mujer; porque aun cuando la acción sea relativa á un inmueble, nada tiene de inmobiliaria; no tiende á adquirir un inmueble, sino á conservarlo. Pero desde el momento en que los límites son inciertos ó disputados, los derechos inmobiliarios de las partes están implicados en el debate, y cada uno de ellos puede perder una parte de la heredad que posee, por causa de la delimitación; por lo mismo, la acción se vuelve inmobiliaria, y por consiguiente el tutor no puede intentarla sino con la autorización del consejo de familia, el menor emancipado con la asistencia de su curador, y el marido con el concurso de su mujer. En cuanto al marido, hay que agregar que, bajo la mayor parte de los regímenes, él es usufructuario de los bienes propios de la mujer, y con tal calidad puede formular una demanda de deslinde, como acabamos de decirlo (1).

Demolombe propone otra distinción fundada en la competencia. Aun cuando inciertos los límites, el juez de paz es competente para conocer del deslinde, con tal que no surja ninguna discusión sobre la propiedad y sobre los títulos que la establecen; en este caso, los simples administradores pueden formular la demanda de deslinde. Mas si la propiedad es discutida, el juez de paz es incompetente, y en consecuencia, los administradores, como tales, son incapaces (2). Esta distinción no nos parece jurídica. ¿Qué tiene de común la competencia con la capacidad? ¿y por-

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 223. Compárese, Zachariæ, traducción de Vergé, t. 2º, p. 167, nota 2.

2 Demolombe, t. 11, p. 293, nñms. 260 y 261. Compárese, Aubry y Rau, t. 2º, p. 224, nota 14.

qué razón ha de aumentar ó disminuir ésta, según que la competencia se extienda ó se restrinja? El objeto de la acción es lo que determina la capacidad ó la incapacidad de intentarla. Ahora bien, ¿cuál es el objeto, cuál es el efecto del deslinde, cuando están en disputa los límites? De ello resultará, dice Demolombe, ó al menos podrá suceder que la operación que produzca sea un aumento, sea una disminución de continente (1), es decir un aumento ó una disminución de goce inmobiliario. ¡Y éste sería un acto de administración! Demolombe no está muy convencido de su principio, porque lo abandona, sin razón ninguna, cuando se trata de aplicarlo al menor emancipado. Nuestra ciencia exige una poca más de lógica.

### § III.—DE LA ACCION DE DESLINDE.

427. Algunas leyes posteriores al código de procedimientos han atribuido el conocimiento de las acciones de deslinde al juez de paz, con la restricción de que su competencia cesa desde el momento en que la propiedad ó los títulos que la establecen se ponen en duda. No hay que creer que haya contienda acerca de la propiedad sólo porque los límites sean inciertos ó discutidos. Puede haber actos de venta ó de partición concernientes á los predios cuyo deslinde se pide; la propiedad es cierta, pero no estando deslindados los predios, surgen dificultades sobre la línea separativa de sus heredades; este debate es extraño á la propiedad, y únicamente tiene por objeto limitarla de una manera exacta. Sin duda que del examen de los títulos y del apeo podrá resultar que uno de los vecinos posea más ó menos terreno del que tiene derecho á poseer; pero el debate sobre el continente no es, en este caso, un derecho sobre la propiedad, porque el continente lo determinan los títulos; no se trata más que de marcarlo

1 Demolombe, t. 11, p. 304, núm. 273.

de una manera cierta para impedir las anticipaciones y las usurpaciones que han tenido lugar y que, en ausencia de mohones, son inevitables. Precisamente porque las cuestiones de deslinde se resuelven por la inspección de los sitios, ó por operaciones ejecutadas en el terreno mismo, es por lo que el legislador ha atribuido su conocimiento á un magistrado local (1).

428. ¿La acción de deslinde es personal, real ó mixta? Pothier dice que es mixta, pero principalmente personal, supuesto que nace de la obligación personal contraída por los vecinos uno respecto del otro por la vecindad. Tiene también algo de la acción real, agrega Pothier, en que por medio de esta acción el vecino reclama lo que forma parte de su heredad y podría haber sido usurpado por su vecino (2). Parece que esta doctrina es la consagrada por el código civil: por una parte, él coloca los compromisos que se forman involuntariamente entre propietarios vecinos en la categoría de los quasi-contratos, y la acción que nace de un quasi-contrato es personal, art. 1370; por otra parte, él considera el deslinde como una servidumbre derivada de la situación de los lugares, lo que da un carácter de realidad á la acción que resulta; la acción sería, pues, á la vez personal y real, es decir, mixta. Ya hemos aducido nuestras reservas acerca de la teoría de las acciones mixtas (3); es imposible que un solo y mismo derecho sea todo á la vez, un derecho de crédito, originado por un quasi-contrato, y un derecho real, independiente de todo vínculo de obligación. A decir verdad, el deslinde no es ni un quasi-contrato, ni una servidumbre; la facultad de pedir el deslinde es un atributo de la propiedad;

1 Ley francesa de 25 de Mayo de 1838, art. 6, núm. 2. Ley belga de 25 de Marzo de 1841, art. 9. Aubry y Rau, t. 2º, ps. 228 y siguientes.

2 Pothier, *De la sociedad*, núm. 231.

3 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 77 y siguientes.

y toda acción que nace de la propiedad, independiente de un vínculo de obligación, es una acción real. Esta es la opinión que prevalece en la doctrina (1), por más que en ella reine grande incertidumbre, lo que es inevitable, supuesto que los autores mismos del código no tenían una noción precisa de la naturaleza del deslinde. Se ve que el orádor del gobierno había hecho mal en decir que ésta era una disputa de palabras. Nosotros no tomamos parte en este debate, puesto que es extraño á nuestro trabajo. Nos limitamos á dejar comprobado que, por asentimiento de todos, la acción de deslinde debe llevarse ante el juez de la situación de los lugares.

429. ¿La acción de deslinde prescribe como todas las acciones, ó es imprescriptible? Hay que distinguir. La acción de deslinde propiamente dicha es imprescriptible, es decir, que el deslinde puede pedirse á toda hora, sea cual fuere el lapso de tiempo durante el cual dos predios hayan permanecido sin estar amohonados (2). La razón es que el derecho de pedir el deslinde es inherente á la propiedad, y nunca puede extinguirse en tanto que ésta subsista. Como éste es uno de esos derechos de que el propietario puede ó no usar, á voluntad, se les llama derechos de pura facultad, y es de principio que tales derechos no prescriben, como ya hemos tenido ocasión hacerlo notar: lo que prueba que los autores del código han hecho mal en colocar el deslinde entre las servidumbres derivadas de la situación de los lugares; si fuera una servidumbre, se extinguiría por la falta de uso durante treinta años.

No porque el deslinde es imprescriptible, debe inferirse que uno de los vecinos no puede hacer prescribir en todo

1 Demante, t. 2º, p. 590, núm. 500 bis, 3º. Dalloz, *Acciones*, número 131. Demolombe, t. 11, p. 281, núms. 243 y 244.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 2º, p. 225, nota 18, y por Dalloz, *Deslinde*, núm. 13.

ó en parte algunos fundos limítrofes. Podría hacerlo aun cuando tuviese títulos que determinaren el continente de su heredad. La prescripción es de derecho común, y ninguna ley ni ningún principio se oponen á que uno de los vecinos prescriba contra su vecino. En vano se invocaría el art. 2240, por cuyos términos no puede prescribirse contra su título; el artículo mismo explica el sentido de este dicho, agregando que no puede uno cambiarse á sí mismo la causa y el principio de su posesión, es decir, que no puede uno cambiarse una posesión precaria en una posesión á título de propietario. Pero nada impide prescribir contra el propio título, en el sentido de que se prescriba más allá de dicho título.

La aplicación del principio suscita una dificultad de hecho, que malamente se tiene por una cuestión de derecho. Se necesita que la posesión que sirve de base á la prescripción reuna los caracteres prescritos por la ley. Antes que todo, la posesión debe ser cierta; luego se necesita que el terreno que uno de los vecinos pretende que ha prescrito, esté limitado por señales patentes. ¿Un seto vivo, un talud, una barranca son signos suficientes? Esta es una cuestión de hecho, los hechos no se establecen *á priori*, sino por las circunstancias de la causa (1). En seguida, la posesión debe ser pública é inequívoca. Hásé dicho que ella no podía tener ese carácter cuando el terreno litigioso no tiene más que una mediana extensión, en atención á que, en este caso, la posesión se funda en anticipaciones sucesivas que las más de las veces son imperceptibles. Tal no es, se dice, una posesión pública, exclusiva, á título de propietario; sino que, al contrario, es clandestina y equívoca. Que de hecho puede ser así, no es dudosos; pero de esto á decidir, como lo ha hecho la corte de París, que la prueba de la posesión ni siquiera es de recibirse, esto es prejuzgar,

1 Compárese, Aubry y Rau, t. 2º, p. 225, nota 19.

por simples razones de teoría, un punto de hecho, lo que es inadmisible. ¿Es concebible que se diga, antes de haber abierto las diligencias, que no se dará oídas á los testigos, porque éstos no pueden tener conocimiento de los hechos? (1).

430. Se pregunta si la posesión anua podría oponerse á la acción de deslinde. Planteada la cuestión en tales términos, debe resolverse negativamente, sin duda alguna. La ley define los efectos de la posesión anua. Cuando es una posesión á título de propietario, da al poseedor un derecho á los frutos, y él tiene las acciones posesorias, y esto nada tiene de común con el deslinde. No hay más excepción que oponer á la demanda de deslinde, sino que los lindes han sido colocados de común acuerdo por los propietarios contiguos ó que el terreno que se quiere deslindar ha venido á ser propiedad del vecino por la prescripción.

Una sentencia de la corte de casación parece que ha resuelto lo contrario. Por lo menos se la cita como que ha fallado que en caso de posesión anua, no puede haber lugar más que á una acción de reivindicación, y no á una acción de deslinde (2). Esto no es exacto. La sentencia comienza por hacer constar que las heredades contiguas estaban separadas por un seto vivo, que en uno de los extremos del seto había una parte de pared en la misma línea, y que en el seto mismo se hallaban de distancia en distancia tres mohones, siempre en la misma dirección. Luego había límites, los dos terrenos estaban cercados, y por lo tanto, no podía tratarse de deslinde. Uno de los vecinos pretendía, no obstante, que el otro poseía partículas de terreno que á aquél pertenecían. ¿Qué era lo que debía hacer? ¿Pro-

1 París, 28 de Febrero de 1821 (Dalloz, *Prescripción*, núm. 323. En este sentido, Demolombe, t. 11, p. 287, núm. 251. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 2º, p. 226, nota 20; Troplong, *De la prescripción*, núms. 352 y 353.

2 Besançon, 10 de Marzo de 1828 (Dalloz, *Deslinde*, núm. 21).

mover deslinde? Había mohones. No quedaba más que la acción de reivindicación. Esto fué lo que la corte resolvió, razonablemente, á nuestro modo de juzgar. La sentencia no niega que á causa de la delimitación, no puede cambiarse el estado deposición; pero en el caso de que se trata, ya no había lugar á delimitación. En lo único que obró mal la sentencia fué en insistir sobre la posesión, porque anua ó nó, ésta no era asunto de la causa desde el momento en que era insuficiente para fundar una prescripción.

#### § IV.—OBJETO DEL DESLINDE.

431. Cuando los límites son ciertos é indisputables, el deslinde es una operación material, que se lleva á cabo con la fijación de piedras-mohones ú otros signos de demarcación; las partes están en libertad para escoger estos signos, pero harán muy bien en emplear los acostumbrados, á fin de prever toda disputa sobre la existencia misma de los signos. La prudencia exige, además, que se levante acta de la plantación de los lindes, porque su existencia sola no prueba que hayan sido colocados de común acueado: tal es, por lo menos la opinión que nosotros hemos enseñado, núm. 419 (1).

432. Comunmente los límites son inciertos; el objeto de la acción es, en este caso, investigarlos y fijarlos con mohones. Puede también suceder que los límites estén discutidos por uno de los vecinos, lo que también los hace inciertos hasta que el juez los haya establecido. ¿Cómo determinará el juez la línea separativa de ambas heredades? En éste género de debates, se invocan dos clases de pruebas, los títulos y la posesión; ¿cuál merece la preferencia? Si existe un título común á las dos partes, tal como una partición, predominará ciertamente sobre algunos hechos

1 Véase acerca de la marcha práctica que debe seguirse en esta hipótesis, á Curasson, t. 2º, p. 465, y á Dalloz, *Deslinde*, núm. 31:

de posesión que muy á menudo son el resultado de una invasión ó de una usurpación. Pero si los títulos producidos por una de las partes no emanan de la otra, la prueba deja de ser literal, y es una simple indicación que en principio no tiene más valor que la posesión. El juez apreciará los hechos y los documentos (1). Si las escrituras determinan el continente de los dos predios, habrá que proceder á un apeo para comprobar si los hechos se hallan de acuerdo con aquella indicación. La consecuencia de estas operaciones podrá ser que lo que uno de los vecinos posee en menos lo posea en más el otro, y en consecuencia, habrá lugar á una restitución de terreno.

433. Como el resultado ordinario de la acción de deslinde es una restitución de terreno, podría creerse que dicha acción implica siempre una reivindicación, á menos que únicamente tenga por objeto la fijación de lindes, estando de acuerdo las partes acerca de los límites y acerca de la linea en que los lindes deben colocarse. Sin embargo la ley misma establece una diferencia entre el deslinde y la reivindicación, supuesto que atribuye el conocimiento del deslinde al juez de paz, mientras que los tribunales civiles son los únicos competentes cuando se disputa la propiedad. De aquí nace la cuestión de saber cómo se distinguirá la acción de deslinde de la reivindicación. No es solamente una cuestión de competencia, la cual es extraña á nuestro trabajo: las pruebas también son diferentes. En la reivindicación tócale al actor probar el derecho que reclama; el demandado nada tiene que probar, y gana la causa por el hecho solo de que el actor no establece su derecho. En otra parte de esta obra hemos dicho cuántas dificultades suscita esta cuestión (2). En

1 Metz, 8 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1860, 2, 42).

2 Véase el tomo 6º de mis *principios*, ps. 216 y siguientes, números 159 y siguientes.

los pleitos sobre deslinde, cada una de las partes es actora, pero ¿qué es lo que deben probar? ¿Qué son ellos propietarios? Nó; verdad es que, según nuestra opinión, como la acción sólo puede intentarla el que tiene un derecho de propiedad, sea un derecho real en la cosa que debe ser deslindada, el actor debe probar la existencia de la calidad que le da el derecho de promover. Pero una cosa es que pruebe su calidad de propietario, y otra muy distinta que pruebe la extensión de la propiedad; y esta última prueba es la que el reivindicante debe rendir. ¿El actor en deslinde no debe también rendirla? En este punto las dos acciones parecen confundirse, porque probar la extensión de la propiedad, ó probar los límites adonde cesa, ¡acaso no es una sola y misma cosa con nombres diferentes?

Existe un carácter esencial que los distingue. ¿Qué cosa es reivindicar? Es ejercer el derecho de propiedad; el propietario pone mano en cosa que pretende que es la suya. Ahora bien, la propiedad supone una cosa determinada, sobre la cual el dueño tiene el poder absoluto de disposición. Luego la reivindicación tiene esencialmente por objeto una cosa cierta, determinada. El que reivindica un inmueble ó un fundo de tierra debe probar cuál es la cosa precisa que reclama como suya. ¿Pasa lo mismo con la acción de deslinde? Nosotros suponemos que los límites sean inciertos ó discutidos; sólo en este caso puede haber duda. Si los límites son inciertos, entonces ciertamente que no puede decirse que el que pide el deslinde reclama como suya una porción determinada de un campo, supuesto que él mismo reconoce que ignora la línea que separa su propiedad de la de su vecino. Si él pretende que su vecino se ha salido de aquél límite, cosa que éste niega, ¡acaso reclama en este caso, una partícula determinada, que sostiene le ha usurpado su vecino? Si tal es el objeto de su demanda, hay reivindicación con el

nombre de deslinde, y el juez de paz será incompetente; el debate deberá, pues, establecerse ante el tribunal civil y allí el actor estará obligado á probar, sea por título, sea por prescripción, que él es propietario de las partículas de tierra que pretende le pertenecen. Pero ¿acaso es ese el objeto necesario de la acción de deslinde? Nó: el actor generalmente, apetece que se coloquen mohones en la línea separativa de las heredades contiguas; aun cuando indique esa línea, no reclama como perteneciente á él una porción determinada de un campo: el amohonamiento no es una reivindicación. De la delimitación puede resultar una restitución de terreno, pero ésta es una parte indeterminada, desconocida aún, y que tal vez no exista; para llegar á la delimitación, el actor no necesita oponer á su vecino títulos en los cuales éste ha sido parte, bástale preveralser de sus títulos, ó de los hechos que indican el límite. Cuando los hechos ó la comparación de los títulos producidos por las partes prueban que el demandado posee un continente mayor que aquél á que tiene derecho, deberá restituir el excedente. En la acción de reivindicación no se procede de este modo. Aun cuando el demandado posea un continente mayor que el que reza su título, el actor no por esto gana la causa; se necesita que pruebe que ese exceso de continente, el cual constituye el objeto determinado de su demanda, le pertenece, y no puede invocar, para rendir esa prueba, más que los títulos en los cuales es parte su adversario.

Siendo más fácil la prueba en materia de deslinde, puede acontecer que el actor disfraze una reivindicación con el nombre de una demanda de amohonamiento. Ciertamente que la naturaleza de la acción no la determinará el nombre que á qué le plugo darle, y no puede subs traerse á las condiciones de la reivindicación, calificándola de deslinde. Es, pues, preciso que el juez examine á

qué fin tiende la acción: si tiene por objeto directo ó indirecto un cuerpo cierto, una parte determinada de la heredad contigua, hay reivindicación. Habrá deslinde si la reclamación no estriba en una parte determinada del predio vecino. Vamos á presentar algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

434. Una de las partes sostiene, bajo forma de demanda reconvencional, que en su prado hay un déficit de 9 áreas, 45 centiáreas, y que el prado de su vecino comprende necesariamente la porción que á él le falta. Después del examen de los títulos de cada una de las partes, se falló que los límites de la heredad del demandado se harían retroceder en la extensión de terreno que al actor faltaba. Interpuesto recurso de casación, la sentencia fué mantenida. Había alguna duda. La corte de casación resolvió que la demanda tenía por objeto un amohonamiento, y no la reivindicación de una parte determinada de una heredad. Nosotros habríamos dado una resolución contraria, porque con el nombre de déficit el actor reclamaba en verdad una parte determinada de la heredad del vecino. Luego, según los principios establecidos en esta causa misma por el fiscal, habría reivindicación.

Dos comunas se reunieron formando secciones distintas; el linde separativo del territorio de las dos secciones habiendo destruído, se suscitaron dificultades sobre la línea en que debía volverse á colocar. La comuna actora concluyó por pedir que se procediera por peritos y con auxilio de títulos, de signos materiales y demás documentos, á la investigación y fijación de los límites respectivos de ambos territorios que en otro tiempo habían formado dos comunas distintas. En el caso que estamos analizando no había duda alguna, la sección actora no reclamaba una porción determinada del territorio de la otra sección, sino que se limitaba á la pesquiza de los lindes que sepa-

raban las dos secciones. La corte de Besançon juzgó que se trataba de una simple acción de delimitación, é interpuesta casación, recayó una sentencia de denegación (1).

Dos vecinos poseían en común un patio, uno de ellos construyó un muro. Querella el otro y demanda el deslinde de las propiedades contiguas. La corte de casación resolvió que se trataba de una demanda de reivindicación, fundándose en la acción misma, tal como se había formulado. El actor deciase propietario de la totalidad del terreno litigioso, y se quejaba de que su vecino hubiera mandado levantar sobre su propiedad, del actor, una pared que lo privaba de la mayor parte de su patio. Una sentencia de casación resolvió que la pretendida acción de deslinde era una reivindicación, supuesto que tenía por objeto una cosa determinada, el patio.

#### § V.—EFECTO DEL DESLINDE.

435. Según los términos del art. 646, los gastos del deslinde se hacen en común. Lo que quiere decir que cada una de las partes soporta la mitad de los gastos, sea cual fuere la extensión de los dos predios. A primera vista, esta proporción parece injusta; pero el legislador á tenido en consideración, que el deslinde era igualmente ventajoso para los dos vecinos, porque previene las anticipaciones y los pleitos. ¿Es absoluta la regla? ¿se aplica á todos los gastos que la demanda de deslinde puede originar? Ninguna duda hay acerca de los gastos que requiere la plantación de los lindes; éstos se hacen por interés de los dos vecinos; luego es justo que los soporten por mitad, como lo expresa la ley de 28 de Septiembre de 1791. En cuanto á los gastos de apeo, la cuestión es dudosa; puede de-

1 Sentencia de 29 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 411).

cirse que el texto no distingue; pero ¿es perfectamente exacto que comprende estos últimos gastos? Al hablar de los gastos de deslinde, el legislador sólo ha pensado en los gastos que todo amohonamiento requiere, y no hay otros más que los mohones mismos. El apeo no siempre es necesario; sus gastos no son los de deslinde, son más bien gastos del litigio; ahora bien, todos están de acuerdo en cargar estos últimos al que pierde el pleito; en efecto, éste ha hecho mal en disputar la delimitación, y su resistencia reconocidamente injusta es lo que ha hecho necesario el apeo, luego debe soportar las consecuencias de su falta. Por excepción, el juez podrá repartir los gastos de apeo, si las dos partes lo han solicitado así; pero en este caso, tendrá en cuenta la extensión y el valor de los predios cuyo deslinde se pide (1).

436. ¿Cuál es el efecto del deslinde en cuanto á la propiedad? Acabamos de decir que la acción de deslinde no recae sobre la propiedad; sin embargo, puede tener por efecto una restitución de terreno. Esto no quiere decir que el fallo que ordena esa restitución sea translativo de propiedad. El juez declara cuáles son los derechos de las partes; esto es verdad del fallo que admite la reivindicación, y con mayor razón del que no hace más que deslindar los predios. Hay que decir más: el juez que prescribe que se planten mohones en el límite separativo de dos heredades no juzga una cuestión de propiedad, y ni siquiera tiene derecho á juzgarla. Síguese de aquí que el deslinde no impediría que la parte que pierde intentase una acción de reivindicación; el demandado no podría rechazar la demanda por la excepción de cosa juzgada, porque la reivindicación constituye una nueva demanda. Esto ha sido

1. Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 11, p. 307, número 276, y en Aubry y Rau, t. 2º, p. 226, notas 23 y 24. Compárese, sentencia de Besançon, de 31 de Julio de 1828 (Daloz, *Deslinde*, número 67).

así resuelto por la corte de casación en otro caso. La demanda de deslinde se había hecho en apelación; la corte juzgó que no podía hacerse en apelación, en una instancia de reivindicación, porque el deslinde esencialmente diferente de la reivindicación, constituía una demanda nueva (1). El deslinde, pues, no tiene efecto si en cuanto á la delimitación.

437 ¿Puede atacarse el amohonamiento? Si las partes interesadas consienten en el deslinde, se forma entre ellas un contrato; esta convención puede anularse por las causas que, según el derecho común, permiten que se pida la nulidad de un contrato. Se ha fallado que la convención por la cual dos propietarios se comprometen á dilimitar sus heredades según una línea de demarcación que ellos indican, puede anularse por error de hecho. En el caso juzgado, descubrieron unos mohones antiguos en el momento en que se procedía al deslinde; la existencia de tales marcas era ignorada de las partes al celebrar sus convenios; constituyendo esta ignorancia un error esencial, había lugar á aplicar los principios generales que rigen á los vicios de consentimiento (2).

Si hubiese recaido un fallo, habría que aplicar los principios sobre los recursos que se admiten contra las decisiones judiciales de oposición, la apelación y la casación.

438. Si por algún accidente se destruyesen los lindes, claro es que las partes interesadas tendrían derecho á pedir su restablecimiento. Pero supongamos que no promuevan y que tal inacción dure treinta años; ¿podrán después de este plazo, invocar todavía sus convenios? Estando toda acción limitada á treinta años, es fuerza decidir que la acción que nace en el momento en que los lindes desapa-

1 Sentencia de denegada apelación, de 23 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 292).

2 Douai, 21 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 48).

recen prescriben por aquél lapso de tiempo. En el presente caso, no se trata de la facultad de pedir el deslinde; ya hemos dicho que esta facultad es imprescriptible: el propietario procede en virtud de un convenio; ahora bien, toda acción que nace de un convenio prescribe en treinta años. Así sucedería en el caso en que los lindes hubiesen sido movidos de su lugar ó quitados por causa de un delito. El propietario interesado tendría entonces dos acciones, la que nace del delito y la que nace del convenio; esta última prescribiría siempre en treinta años; de suerte que después de este plazo, se volvería de derecho común al art. 646.

439. Si han transcurrido más de treinta años, desle la plantación de los mohones, ¿podría pedirse un nuevo deslinde? Ciertamente que no, si se supone que los antiguos mohones subsisten; no puede tratarse de un deslinde nuevo, cuando existen unos mohones (1). No debe inferirse de esto que la existencia de los mohones impida toda prescripción fundada en una posesión contraria. La prescripción borra hasta los títulos; con mayor razón puede cumplirse cuando sólo hay signos separativos de dos heredades, signos que indican una simple delimitación, y no impiden la reivindicación de todo ó parte de las tierras delimitadas. Cuando hay lugar á reivindicación lo hay también á prescripción.

#### *SECCION V.—Del Coto.*

##### § I.—PRINCIPIO

440. "Todo propietario puede cercar su heredad," dice el art. 647. La facultad de cercarse es una consecuencia del derecho de propiedad, derecho absoluto, y por lo mismo exclusivo; ahora bien, el único medio de excluir á los

1 Demolombe t. 11, p. 312, núm. 281.

terceros de un predio que nos pertenece, es rolearlo de un coto. Se pregunta uno cómo es que los autores del código han podido incluir entre las servidumbres un derecho que no es más que el ejercicio de la propiedad, y quien dice propiedad hace á un lado toda idea de servidumbre. Ni siquiera hay una obligación de vecindad, como en el caso de deslinde, supuesto que el que se cerca nada pide á su vecino. Si el legislador ha creído deber consagrarse un derecho que se desprende naturalmente de la propiedad, y si lo ha hecho en el título de las "Servidumbres," es porque antes de 89, este derecho natural, como tantos otros, era desconocido. Según tal costumbre, no podía uno cercar sus tierras con setos ni con zanjas sino con permiso del señor; esta era una verdadera servidumbre que el feudalismo había introducido para asegurar á los propietarios dominantes el placer de la caza; los mismos reyes sacrificaban la propiedad de los ciudadanos á sus antojos, siendo así que no debería ceder sino ante la utilidad pública. Estos privilegios odiosos fueron abolidos en la famosa noche del 4 de Agosto; la ley de 6 de Octubre de 1791, conocida con el nombre de código rural, proclama, "que el derecho de poner ó quitar cotos en las heredades resulta esencialmente del de propiedad, y á ningún propietario puede disputársele," tít. I, sec. IV, art. 1º. Había, además, ciertas servidumbres comunales, el pasto vano y el pacto, que ponían trabas al derecho de cercado. La Asamblea nacional abrogó todas las leyes y costumbres que contrariaban ese derecho: éstas son las expresiones del código rural. Los autores del código civil han reproducido estos principios, de suerte que puede decirse que, lejos de establecer una servidumbre, el art. 647 mantiene la abolición de las servidumbres feudales y otras que ponían restricciones al derecho de propiedad (1).

1 Pardessus, t: 1º, p. 321, núm. 131.

441. Después de haber declarado que todo propietario puede cercar su heredad, el art. 647 agrega: "Salvo la excepción de que habla el art. 682." Este artículo establece una servidumbre de paso en provecho del propietario cuyos predios están enclavados en los de sus vecinos. Debiendo éstos sufrir el paso, naturalmente no pueden cercar la heredad por la cual el propietario enclavado tiene derecho á pasar. Lo que el código dice del paso, en caso de enclave, es cierto de toda servidumbre de paso; el art. 647 no hace más que aplicar un principio general, según el cual el propietario del predio sirviente nada puede hacer que disminuya el uso de la servidumbre, y menos aún puede impedir su ejercicio, art. 701. La servidumbre de paso puede impedir al propietario deudor de la servidumbre el cercarse, sea de una manera absoluta, sea de una manera relativa; esto depende de las estipulaciones de las partes. Se ha fallado que el propietario del predio sirviente no puede establecer en él barreras que se cierren por medio de una llave, que entrega al propietario del predio dominante, porque es volver el uso de la servidumbre más incómodo y disminuir su utilidad; en efecto, es obligar al que tiene derecho á pasar ha cargar siempre una llave so pena de no poder pasar, lo que, en el caso que se analiza, modificaba la servidumbre, tal como se había establecido y practicado, y dificultaba su ejercicio (1). Por el contrario, la corte de Bruselas resolvió que no era embrazar la servidumbre establecer una barrera que se habriese y cerrase fácilmente, sin estar sujeto por ninguna cerradura, ni candado, ni otro medio de este género; que en esto era llegado el caso de aplicar el principio que permite al propietario del predio sirviente ejercitar las obras necesarias para hacer menos perjudicial la servidum-

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1853 (Dáiloz, 1853, 1, 308).

bre, si no impiden al propietario del predio dominante usarlas cómodamente conforme á su título (1). Más adelante volveremos á tratar esta cuestión (2).

442. Puede también hacer excepción al derecho de cercado en caso de indivisión. El co-propietario de una cosa indivisa no tiene ya el derecho de exclusión de que disfruta el propietario único y absoluto; por lo mismo, no puede invocar el art. 647; su derecho se rige por los principios que rigen á la comunidad. Ahora bien, si cada comunista puede disfrutar de la cosa común según el destino de ésta, también es de principio que el goce del uno no pue le embrujar el derecho igual del otro. Al juez corresponde, en caso de disputa, decidir si el derecho de uno de los comunistas puede conciliarse con el derecho de los demás. Por aplicación de estos principios, la corte de Metz ha fallado que el co-propietario de un patio no puede cercarlo, si los inconvenientes que resulten para los demás comunistas exceden de las ventajas que aquél obtuviese (3).

### § III.—DEL DERECHO DE HACER PASTAR EL GANADO EN TERRENO AGENO (*vaine pâture y parcours*).

#### Núm. 1. Casos en que se mantienen estas servidumbres.

443. Según los términos del art. 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á mandar pastar á su ganado á terreno ageno. Esta es una servidumbre mantenida por la ley de 6 de Octubre de 1791. Cuando este derecho lo ejerce un particular sobre un fundo perteneciente á otro propietario, se llama derecho de pastura, *pacage*, servidumbre discontinua que sólo se adquiere por medio de un título. En el antiguo derecho, esta servidumbre ha-

1 Burdeos, 14 de Mayo de 1832 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 844).

2 Véase el tomo 7º de esta obra, núm. 273.

3 Metz, 6 de Febrero de 1857 (Daloz 1857, 2, 196).

bía establecido la costumbre en provecho de los habitantes de una comuna, los cuales gozaban de la facultad de mandar á sus animales á pacer en las heredades despojadas de frutos: esto se llamaba *pasto vano* (*vaine pâture*). Cuando el derecho era reciproco entre dos comunas, tomaba el nombre de *pasto ó de reciprocidad de pastos* (*parcours, entre-cours*) (1).

Se pregunta si el *pacto* y el *pasto vano* son verdaderas servidumbres. En el antiguo derecho, se enseñaba la afirmativa respecto al *pasto vano*; en efecto, es de la misma naturaleza que el derecho de pastura, *pacage*, que incontestablemente es una servidumbre; sin embargo, algunas veces se le calificaba de *co-propiedad* (2). La ley de 1791 da el nombre de servidumbre *al pacto* y al *pasto vano*, y el código civil consagra implícitamente la misma doctrina, supuesto que mantiene entre derechos tales como los había definido el código rural. Se objeta que no hay servidumbre sin una heredad dominante y una heredad sirviente; y en el caso de que se trata, dícese, ninguna heredad es dominante ó sirviente, todas están igualmente gravadas; hay, por consiguiente, comunidad de pastos más bien que servidumbre. Eso no es exacto. Es claro que el *pasto vano* impone una restricción al derecho de propiedad, luego hay heredades sometidas, y ¿por interés de quién? En provecho de las heredades cuyos propietarios tienen el derecho de mandar pacer á sus animales: lie aquí ciertamente las fincas dominantes. Por lo tanto, hay servidumbre. ¿Qué importa que sea reciproca? La reciprocidad no impide que haya un derecho al mismo tiempo que una obligación (3). En cuanto á la expresión de *co-propiedad*

1 Pardessus, t. 1º, p. 322, núm. 132. Demolombe, t. 11, p. 315, número 286. Aubry y Rau, t. 2º, p. 176, nota 18, y p. 177, nota 22.

2 Edicto del mes de Mayo de 1771, en Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *pasto vano*, pfo. 1º (t. 16, p. 325).

3 Compárese, Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 39, y en la palabra *servidumbre*, núm. 394.

nos parece enteramente inexacta. Sin embargo, la corte de casación la ha reproducido al decir que el *pasto vano* y el pacto son una sociedad y comunidad tácitas de pasto; pero la sentencia agrega que modifican el derecho absoluto de propiedad (1). Esta restricción proviene, no de que los habitantes de la comuna sean co-propietarios, porque evidentemente no lo son; implica, por el contrario, una simple servidumbre. Esto no es una disputa de palabras: ya en otro lugar hemos dicho cuáles son las diferencias entre la servidumbre y la co-propiedad (2).

444. Ya antes de 89, se ponía en duda la utilidad de estas servidumbres; los labradores reclamaban la facultad de poner sus fincas al abrigo del *pasto vano* por medio de setos; los reyes cedieron á esta aspiración, con gran ventaja de la agricultura, como lo comprueba el edicto de Mayo de 1771. Este era un primer paso dado hacia la abolición de esas antiguas servidumbres, si el legislador de 1791 las conservó, fué porque no gustaba de chocar con los hábitos antiguos; pero las modificó profundamente, salvo el abolirlas más tarde. Se lee en el tit. I, sec. IV, art. 2: "Continuará vigente provisionalmente la servidumbre recíproca de parroquia á parroquia, conocida con el nombre de *pacto*, y que trae consigo el derecho de *pasto vano*." Pero la ley agrega algunas restricciones; ella no mantiene más que las servidumbres fundadas en un título ó en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres; bajo otros conceptos, dice el art. 2, quedan **abolidas**. Aun las servidumbres que el código rural ha creido que deben conservarse están **abolidas** en su esencia; porque se permite á todo propietario eximirse del *pasto vano*, ro-

1 Sentencia de casación, de la cámara criminal, de 16 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra *derecho rural*, nñm. 30).

2 Véase el núm. 162 de este tomo.

deando sus predios con un coto. El ejercicio de este derecho da lugar á serias dificultades.

*Núm. 2. Del derecho de cercarse.*

445. El art. 4 de la sección IV, está concebido en estos términos: "El derecho de pacto y el derecho simple de pasto vano no podrán, en *ningún caso*, impedir que los propietarios cerquen sus fincas." Y las heredades cerradas dejan de estar sometidas al pacto y al pasto vano. Nosotros volveremos á insistir acerca de este último punto. Está fuera de duda que los propietarios pueden emanciparse de estas servidumbres, cuando se fundan en una posesión autorizada por las leyes y las costumbres. ¿Pero el art. 4 se aplica también al caso en que la servidumbre se halla establecida por un título? Nosotros vacilamos en contestar afirmativamente. El art. 5 relacionado con el 2 es de tal modo explícito que, si no hubiera otras disposiciones, maravillaría que la cuestión hubiese dado lugar á largos debates. ¿Cuáles son las servidumbres de paso mantenidas por el código rural? El art. 2 contesta: las que se fundan en un título y las que descansan en una posesión autorizada por las leyes y costumbres; todas las demás quedan abolidas" ¿Y qué dice el art. 5? *En ningún caso* podrán impedir los derechos de pacto y de pasto vano que los propietarios se cerquen.

Hay que preguntar *¿en qué casos* pueden cercarse los propietarios, cuando la ley declara formalmente que pueden hacerlo en *todos los casos*? Estos casos están enumerados en el art. 2, uno de ellos es aquél en que la servidumbre está establecida por *título*. Así, pues, el texto resuelve la cuestión. En vano se objeta que esto es contrario á todo principio: los títulos, dícese, son convenios, y los contratos hacen ley respecto á las partes contrayentes, leyes de las cuales no pueden desligarse. Nosotros dirigimos la ob-

jeción al legislador; cuando éste ha hablado, el intérprete no tiene que hacer más que una cosa, obedecer la ley, salvo el investigar los motivos que la han determinado. Y no es difícil justificar la ley de 91. ¿Qué cosa son los títulos de que habla el código rural? ¿Son verdaderos contratos celebrados entre los habitantes de una ó de varias comunas, por los cuales gravan los predios con una servidumbre? Mucho dudamos de que exista semejante contrato. El pacto y el pasto vano no se han establecido por vía de convenio, sino por la costumbre, y los títulos no tienen por objeto más que hacer constar lo que el uso ha creado. Agregamos que se trata de servidumbres reciprocas, fundadas en un interés común; cada habitante, al ser á la vez deudor y acreedor, lo que gana como deudor cuando se cerca, lo pierde como acreedor; luego no hay atentado ninguno á un contrato, sino un acuerdo mejor de los intereses comunes (1).

446. Lo que ha dado margen á la controversia, es que se ha confundido el caso previsto por el art. 5, según el cual puede uno emanciparse de las servidumbres de pasto vano, aun cuando se hubiesen establecido por título, con las servidumbres de pasto de las que no puede uno emanciparse, cuando un título las ha constituido. Tal es desde luego el caso previsto por el art. 7, por cuyos términos "el coto emancipa de la misma manera del derecho de pasto vano recíproco ó no recíproco entre particulares, si ese derecho no está fundado en un título." Hé aquí una excepción al derecho de coto que el legislador de 1791 acababa de proclamar en términos solemnes. Pero la excepción está restringida á las relaciones de dos ó varios particulares que gravan sus predios con una servidumbre de pasto. Esta á decir verdad es una servidumbre

1 Demolombe, t. 11, p. 319, núm. 288, y las autoridades que él cita. Ahbry y Rau, t. 2º, p. 176, nota 19.

de (*pacage*) pasto, servidumbre esencialmente personal, las más de las veces establecida á título oneroso, mediante cierto precio; la ley respeta tales convenios; pero como se han celebrado en época remota en que la agricultura estaba en mantillas, el legislador permite que se rescaten esos derechos onerosos. El derecho de rescate, que el código rural concede á pesar de la existencia de un título, confirma la interpretación que nosotros damos al art. 5. Si en el caso de una servidumbre comunal establecida por título, el legislador no hubiese admitido el coto, ciertamente que habría aceptado el rescate; sin embargo no habla de rescate en el art. 5: y es porque esta disposición da un derecho más extenso, el de emancipar de la servidumbre por medio del coto.

La excepción admitida por el art. 7 recibiría también aplicación si la servidumbre de pasto se hubiese establecido en una heredad particular en provecho de una comuna. Esto no es ya el pasto vano definido por el código rural, y del cual permite emanciparse en todos los casos por medio del coto. Así, pues, no estamos en el caso del art. 5. Es verdad que el art. 7 supone que la convención se celebra entre *particulares*; pero por esta palabra la ley da á entender *propietarios*, luego también una comuna estipulante en nombre de los habitantes. El motivo para decidir es que la servidumbre realmente es convencional, y el legislador respeta los convenios, salvo el derecho de rescate consagrado por el art. 8 (1).

447. Hay una segunda excepción concerniente á las praderas. En este punto se halla el verdadero terreno de la dificultad, y es grande, por más que diga Demolombe (2). Uno de nuestros más grandes jurisconsultos, Mer-

1. *Sentencia* de casación, de 15 de Diciembre de 1808 (Dalloz, en la palabra *derecho rural*, núm. 67). Demante, t. 2º, p. 593, núm. 502 bis, 1.

2. Demolembé, t. 11, p. 321, núm. 288, se admira de que Merlin haya cambiado de opinión á causa del artículo 2º.

lin, se ha equivocado en esto, según propia confesión. El art. 10 comienza por decir que “por todas partes en donde las praderas naturales estén sujetas al pacto y al pasto vano, estos derechos no tendrán lugar provisionalmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca mientras no se hayan recogido las primeras yerbas.”

En seguida el art. 11 agrega: “Tiene lugar el derecho que disfruta todo propietario para cercar sus heredades, aun respecto á las praderas, en las parroquias en donde, “sin título de propiedad y únicamente por la costumbre,” se vuelven las praderas comunes á todos los habitantes, sea inmediatamente después de cortada la primera yerba, sea en cualquiera otra época determinada.” Luego en el caso del art. 11, los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un “título de propiedad.” ¿Lo que la ley dice en el art. 11, no debe decirse de “todo derecho de pasto vano” fundado en un *título*? ¿Quiere decir que el art. 11 ha de servir para interpretar los arts. 2 y 5? Así se pretende, en apoyo de la doctrina que acabamos de combatir, núm. 445, y según la cual el *título* pone siempre obstáculos al derecho de cercarse. ¿Qué resulta de esta interpretación? Que el art. 11 derogaría realmente el art. 5. El art. 5 en combinación con el 2, dice: Los propietarios tienen el derecho de cercar sus heredades, aun cuando el pasto vano se funde en un *título*. Y el art. 11 diría: Los propietarios no tienen el derecho de cercarse cuando los habitantes tienen un título. Esto es inadmisible. Merlin tiene razón: el legislador no puede pronunciar el *pró* y el *contra* en una sola y misma ley, si en el art. 5 y no, en el art. 11.

Pero si el art. 11 no impide á los propietarios el cercarse, aun cuando el “pasto vano” esté fundado en un *título*, ¿cuál es, pues, el caso en el cual, conforme á esta disposición, el *título* es un obstáculo para el coto? Tales

la verdadera dificultad. Merlin interpreta la ley de 1791 por el edicto de 1771. Es claro que el legislador de 1791 no ha hecho más que aplicar á toda la Francia el edicto de 1771, que únicamente se había expedido para algunas provincias. Ahora bien, ¿qué es lo que dice el edicto? Se lee en el preámbulo, que el objeto del edicto ha sido hacer cesar los obstáculos que los habitantes del Hainaut y de Flández experimentaban en la libertad natural de disfrutar de sus posesiones, aboliendo todos los abusos que el derecho de vano pasto había introducido, "sin atentar, no obstante, á los derechos de legítima propiedad de las comunidades." Y ¿de qué manera poner remedio á los abusos resultantes del pasto vano, sin atentar á los derechos adquiridos, y por consiguiente á la propiedad? El edicto distingue. Cuando el pasto vano constituye una servidumbre, permite al propietario que se liberte de ella por el coto, "interpretando á este efecto, dice el art. 2, todas las leyes, costumbres usos y reglamentos en contrario, y aun derogándolos si necesario fuere." El art. 6 aplica el derecho de cercarse á las praderas gravadas con pasto vano, y en seguida viene el art. 7 concebido en estos términos: "Por las disposiciones del artículo precedente, no se entiende un embargo, que se dañen ó perjudiquen los derechos que algunas de dichas comunidades pudieran tener en la propiedad de las mencionadas praderas, y que se hallasen en estado de justificar por medio de títulos válidos." Este art. 7 ha sido reproducido por el 11 que acabamos de transcribir; luego debe entenderse en el mismo sentido, es decir, del caso en que los habitantes invoquen, no la servidumbre de pasto vano, porque tal caso está regido por los arts. 2 y 5, sino el caso en que invoquen la propiedad de las praderas; por esto el texto exige un título de propiedad para impedir el ejercicio del derecho de cercarse. En definitiva, el art. 11, lo mismo que el edicto,

supone que los habitantes tienen un derecho de “co-propiedad en la segunda yerba de las praderas” (1). La interpretación propuesta por Merlin no fué aceptada por la corte de casación. La interpretación descansa en una distinción entre el derecho de servidumbre y la propiedad, distinción que no se halla escrita en el texto de la ley, ni aun en el art. 1771 (2). En efecto, la servidumbre da un derecho en las yerbas tanto como la propiedad; ¿acaso la servidumbre no es un derecho real, un desmembramiento de la propiedad, y por consiguiente, una propiedad? ¿Y en dónde estaría la razón de esta distinción entre el pasto fundado en una “servidumbre” y el pasto fundado en una “co-propiedad?” El legislador, que declara que quiere respetar los derechos de propiedad legítima, ¿puede atentar á una “servidumbre” adquirida por un “título legítimo” más bien que á una “propiedad?” Si el legislador quisiera mantener los derechos adquiridos en materia de pasto vano, debería mantener las servidumbres establecidas por título, tanto como la propiedad. La interpretación de Merlin crea una autonomía insoluble entre el art. 11 y los arts. 2 y 5.

448. Si tal no es el sentido del art. 11, entonces cuál es su verdadera significación? Para penetrarla, deben compararse los términos del art. 11 con los del 5. Esta última disposición no es tan general ni tan absoluta como lo pretenden. La ley no dice que los propietarios puedan emanciparse de todo pasto vano usando del derecho de cercarse, sino que dice que el derecho *simple* de pasto vano en ningún caso puede impedir que los propietarios cierren sus heredades. Hé aquí una restricción. El art. 5 no se aplica más que al “derecho simple” de pasto vano, lo que

1 Merlin, “Cuestiones de derocho,” en la palabra *pasto vano*, párrafo 1º. Compárese, Ducaurroy, Bonnier y Roustant, t. 2º, p. 187, núm. 279. Merlin dice en su *Repertorio*, que él se equivocó.

2 Aubry y Rau, t. 2º, p. 178, nota 23.

implica que existe otro caso de pasto vano, en el cual el derecho de cercarse no recibe ya aplicación. ¿Cuál es este caso? El que prevee el art. 11. Este artículo supone que las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes, después de recogida la primera yerba. Este no es ya un derecho simple de pasto vano; en efecto, el pasto vano supone terrenos en donde no hay ni semillas ni frutos (1), no se ejerce sino cuando se ha levantado la cosecha; ahora bien, las praderas dan dos cosechas aun en nuestros climas; de aquí la distinción de dos yerbas, la primera que se llama heno y la segunda, á la cual en el lenguaje vulgar se le da el nombre de retoño. Luego, en su aplicación á las praderas, el *pasto vano* supone que la cosecha de las *dos yerbas* se ha operado; entonces hay un *derecho simple* de pasto vano. Más si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en las praderas después de la primera yerba, como lo expresa el art. 11, entonces su derecho es mucho más considerable, porque tienen derecho á la segunda cosecha, la del retoño, la cual á veces es más ventajosa que la primera, cuando la buena estación ha sido seca, mientras los últimos días del estío y el principio del otoño son lluviosos.

Ahora se comprenderá la diferencia que la ley establece, respecto del derecho de cercarse, entre el caso del artículo 11 y en el caso del 5. Cuando se trata de un derecho simple de pasto vano, el pastoreo se ejerce después de levantadas todas las cosechas; y el propietario casi ningún interés tiene en oponerse, y precisamente su falta de interés es lo que ha hecho que se introduzca el uso del pasto vano; aun cuando exista un título no hace más que hacer constar el uso y la falta de interés para oponerse. Así, pues, se concibe que el legislador permita á los propietarios emanciparse de este vano pasto cercando

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *pasto vano*, (t. 35, p. 455).

sus fincas por medio de un coto. No despoja de un derecho adquirido, no viola la propiedad, aun cuando existiese un título. En efecto ¿qué cosa es este título? El propietario consiente en que los habitantes manden pastar á sus ganados en predios despojados de sus cosechas, en heredades abiertas; si hubiesen estado cerradas, jamás se habría tratado de pasto vano. Así, pues, consentir en el pasto vano implica que los predios no están cercados y que el propietario no tiene ningún interés en circuirlos. Desde el momento en que hay interés en cerrarlos, el propietario debe tener el derecho de hacerlo, porque él no había consentido en etregarlos al pasto vano sino con la condición tácita de la falta de interés.

La posición del propietario que entrega sus praderas al pasto vano después de la cosecha de la primera yerba, es muy distinta. Hay todavía que levantar una cosecha, y él la renuncia en favor de los habitantes de la comuna. Esto no es más que la abdicación de un derecho á los frutos, la abdicación de un derecho de propiedad. ¿Puede presumirse esta renuncia? Nó, porque no se presume que uno renuncie á su derecho. Si el propietario lo renuncia, será á título oneroso; luego entonces hay una verdadera convención, que da un derecho á los habitantes en una parte de los frutos. Esto es lo que el art. 11 llama un *título de propiedad*. El legislador debe respetar este título y lo respeta. Pero si los habitantes no tienen título, si sólo invocan una antigua costumbre, el legislador permite al propietario que se emancipe de ella y que se circuya; ¿por qué? Porque dicho uso no es más que el efecto de la tolerancia, y la tolerancia no da ningún derecho. Este es un acto de benevolencia, de generosidad, que se renueva ó no se renueva, según le ocurre al propietario. Desde el momento en que quiere encerrarse, tiene derecho á hacerlo.

449. Hay, pues, un pasto vano que admite el derecho de cercarse; y lo hay que no lo admite. ¿De qué manera distinguir el *derecho simple de vana pastura* que permite á los propietarios circuitr sus heredades, aún cuando aquél derecho se fundase en un título, y la "vana postura" del artículo 11 que cuando se funda en un título, excluye el cercado? Nosotros hemos intentado establecer un principio; pero la aplicación no carece de dificultades. Si diésemos crédito á la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, la cuestión sería una cuestión de hecho, abandonada, como tal, á la apreciación del juez. ¿Qué cosa es el pasto vano? La ley de 1791, según se dice, lo mantiene, pero no lo define, y tampoco el código. He aquí lo que leemos en el código rural (tit. I, sec. IV, art. 3): "El derecho de vana pastura en una parroquia, acompañado ó no de la servidumbre de reciprocidad, no podrá existir sino en los lugares en que se funde en un título particular, ó autorizado por la ley ó por una costumbre local inmemorial, y con la condición de que la vana pastura no se ejercerá sino conforme á las reglas y usos locales que no contrarién las reservas de que hablan los artículos siguientes." Cuando hay un título, éste tendrá fuerza de ley para las partes, y por consiguiente, también para los tribunales; el título resolverá si se trata de un derecho á las segundas yervas, que no admite el derecho de cercarse ó si se trata de un derecho simple de vana pastura que permita á los propietarios circuitr sus predios ó heredades. Si no existe título ¿de qué modo se distinguirán estas dos especies de vana pastura? Esta es una cuestión de hecho, se dice, supuesto que ninguna ley define la vana pastura; de lo que se infiere que los tribunales juzgan soberanamente en esta materia, y que sus decisiones eluden la inspección de la corte de casación. Nosotros no creemos que la definición de la vana pastura sea una cuestión de hecho. El ar-

tículo 11, que es el verdadero asiento de la dificultad, define claramente la vana pastura que excluye el derecho de cercarse: y es cuando las praderas se vuelven comunes á los habitantes después de la cosecha de la primera yerba, en virtud de un título de propiedad; mientras que hay simple derecho de vana pastura, en el sentido del art. 5, cuando de conformidad con las antiguas costumbres, el pastoreo se ejerce en las tierras y praderas despojadas de sus cosechas. Hemos dicho que de conformidad con las costumbres. No puede decirse que las costumbres estén abolidas por el código Napoleón, porque el artículo 648, que mantiene las servidumbres de reciprocidad y de pasto vano, mantiene por este hecho la ley de 1791; ahora bien, esta ley dice que la vana pastura *continuará* subsistiendo, art. 2, luego tal como existía en el antiguo derecho; y el art. 3, al agregar que se ejercerá de "conformidad con las reglas y usos locales," conserva á las costumbres su fuerza obligatoria en esta materia. Luego existen costumbres con fuerza de ley, que definen el pasto vano; puede vérselas en el *Repertorio de Merlin*. Luego existe una definición legal de la vana pastura: nosotros la hemos dado en un párrafo anterior. Vamos á ver cómo la corte de casación de Bélgica no ha permanecido fiel á su doctrina; ella ha casado una sentencia que decidía que no había pastura vana en el sentido del art. 5. Esto equivale á decir que en este punto hay cuestiones de derecho que dan lugar á muchas dudas.

450. ¿Hay un derecho simple de vana pastura cuando los habitantes tienen el derecho de vender la segunda yerba? El tribunal de Lovaina, juzgando en apelación sobre una acción posesoria, resolvió que había vana pastura, y por lo tanto, un goce precario, no susceptible de prescripción, ni de ser mantenido por la acción posesoria. A recurso de casación, recayó el fallo que acabamos de comba-

tir; siendo la cuestión de hecho, dice la corte, se escapa al examen de la corte suprema. Nosotros creemos que tanto el tribunal como la corte han fallado mal. En el caso al debate, tratábase de un derecho de pasto ejercido sobre una heredad particular, y no sobre todos los predios de la comuna, lo que excluye desde luego la idea de un pasto vano, la cual implica un goce recíproco de todos los habitantes sobre todas las heredades. ¿Y cuál era el carácter del derecho litigioso? No consistía únicamente en el pasto, sino que daba á la comuna el derecho de vender la segunda yerba. Esto es más que una servidumbre, es una propiedad, supuesto que el propietario es el único que tiene el derecho á vender. No puede decirse que la propiedad es un acto de tolerancia, un goce á título precario. ¿Un propietario permite á los habitantes que vendan la segunda yerba que él tiene derecho á vender? ¿y se lo permite á título de tolerancia? Se está fuera del texto como del espíritu de la ley (1).

No quiere decir que el derecho de pasto cese de ser un *pasto vano* sólo porque los que lo ejercen están en posesión de vender las segundas yerbas. Para determinar la naturaleza de un derecho, se necesita saber lo que es de su esencia. Si los habitantes de una comuna tienen el derecho de pasto en todos los prados de una comuna después de la primera yerba, este derecho es una vana pastura, aun cuando de hecho la comuna vendiese las segundas yerbas en lugar de dejarlas pacer; la venta de las yerbas, en este caso, no es más que un modo de ejercer el derecho; él que tiene el derecho de consumir las yerbas tiene, por esto mismo, el derecho de venderlas, por lo menos si tal es la costumbre, porque su posesión es la que deter-

1 Compárese la Memoria de los demandantes de casación, firmada por D'Elhomge, padre; D'Elhomge, hijo; y Dedryver (*Pasicrisia*, 1840, 1, 379). En sentido contrario, Bruselas, 14 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 425) y 25 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 60)

mina él modo de ejercer las servidumbres. En esta suposición, la pastura seguirá siendo pasto vano, y en consecuencia, los propietarios tendrán el derecho de cercarse, á menos que tengan un título que les dé derecho á las segundas yerbas.

451. Hay otra cuestión acerca de la cual está dividida la jurisprudencia. El pasto se ejerce en fecha fija, el 24 de Junio á medio día, en prados pertenecientes á un propietario, aun cuando el heno no estuviese cortado ni quitado. De esto la corte de Lieja ha inferido que este pasto no era vano, sino pingüe y vivo. De donde se seguiría que no estamos en el caso de la servidumbre comunal mantenida bajo ciertas restricciones por la ley de 1791, que la servidumbre es una servidumbre de pasto (*pacage*), y que, por consiguiente, el propietario no puede librarse de ella por medio del coto. Lo que da gran peso á esta decisión, es que el pasto litigioso no se ejercía en la generalidad de los prados de la comuna, sino únicamente en ciertos prados, llamados *prados del día de San Juan*. Esta circunstancia es, á nuestro juicio, determinante, en lo concerniente al derecho de cercarse. Según los términos del artículo 648, el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á la reciprocidad y vana pastura, en proporción del terreno que él substraer. Esto supone que la vana pastura es una servidumbre general y recíproca. Luego desde el momento en que es particular y determinada á ciertos fundos, deja de haber vana pastura. En consecuencia, se vuelve al derecho común que rige las servidumbres. En el caso al debate, tratábase de saber si este derecho podía adquirirse por la prescripción; como los hechos de posesión subían á una época anterior al código civil, la corte de Lieja resolvió que la comuna había adquirido el derecho de pasto que se le había disputado (1).

1 Lieja, 23 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 176).

Una segunda sentencia de la corte de Lieja, pronunciada en el mismo sentido, fué deferida á la corte de casación y casada. Hay un motivo para dudar. El edicto de 1771 considera como pasto vano el pasto ejercido en una parte solamente de las praderas de una comuna, tanto como el que se ejerce sobre la generalidad de las praderas; no hace excepción al derecho de cercarse sino cuando la comuna justifica con títulos válidos que tiene derecho á la propiedad de las praderas, art. 6, (1). La ley de 1791, es verdad, no reproduce esta disposición, pero el art. 11, que mantiene el derecho á las segundas yerbas, está concebido en términos generales, y no distingue si el pasto es general ó particular. Lo que parece decidir la cuestión. Sin embargo, nosotros nos afiliamos al parecer de la corte de Lieja. El art. 11 excluye el pasto que sólo se ejerce en ciertas praderas; en efecto, supone que "las praderas se vuelven comunes á todos los habitantes." Lo que implica que todas las praderas son comunes. El artículo 10 está concebido en el mismo sentido. Cuando un propietario ha cerrado sus propiedades, su derecho de pasto está proporcionalmente restringido: tal es la disposición del art. 648 del código civil, y el texto como el espíritu de estas leyes prueban, así como lo hemos dicho, que el derecho de cercarse no puede ejercerlo sino aquél que, al cerrar su propiedad, pierde su derecho de pasto en las demás propiedades; mientras que en la doctrina consagrada por la corte de casación, aquél cuyas praderas estuviesen gravadas por un derecho de pasto vano, su título podría cercarse sin perder nada.

La corte de casación tiene razón en un punto. Lo que sobre todo parece que determinó á la corte de Lieja, es que pudiéndose ejercer el pasto antes de la cosecha de la

1 Merlin, "Cuestiones de derecho," en la palabra *vana pastura*, párrafo 1º (t. 16, p. 525).

primera yerba constituía una pastura pingüe y viva, es decir, una servidumbre de pasto. Esto no es exacto. En efecto, cuando el pasto se ejercía en día y horas fijos, el 24 de Junio al medio día, es porque se suponía que la cosecha se había levantado el día de San Juan, y á menudo sí lo está; así, pues, sólo accidentalmente tenía lugar el pasto en praderas no cortadas; ahora bien, no es en una circunstancia accidental en lo que uno puede fundarse para caracterizar un derecho. El art. 10 de la ley de 1791 nos parece decisivo contra la interpretación admitida por la corte de Lieja. "Por todas partes, dice el art. 10, en que las praderas naturales estén sujetas á la reciprocidad y al pasto vano, estos dos derechos no tendrán lugar provisiorialmente sino en la época autorizada por las leyes y costumbres, y nunca en tanto que la primera yerba no se haya cosechado." Así, pues, el pasto no cesaba de ser vano, aun cuando se ejerciere antes de la cosecha de la primera yerba; sólo que éste era uno de esos abusos que el edicto de 1771 había señalado, y que el legislador de 1791 quiso suprimir.

452. Queda por saber lo que debe entenderse por "título de propiedad:" ésta es la expresión de que se sirve el legislador, art. 11. Acerca de este punto, también la corte de Lieja disiente de la corte de casación. ¿El título es una escritura instrumental en que conste el establecimiento del derecho de servidumbre? ¿O las comunas pueden también invocar la prescripción para rechazar el derecho de cercarse que los propietarios reclaman? La corte de casación rechaza la prescripción mientras que la corte de Lieja admite que la prescripción constituye un título. Claro es que en teoría la corte de Lieja tiene razón. El título es todo hecho jurídico que engendra un derecho; luego la prescripción es un título. Pero la cuestión consiste en una dificultad de texto; la ley de 1791, en materia de vaña

pastura, entiende por "título" todo hecho jurídico, y notablemente la prescripción? La palabra "título" se halla en los arts. 2 y 11. El art. 2 mantiene la servidumbre de reciprocidad y de vana pastura, "cuando se fundan en un "título" ó en una "posesión" autorizada por las leyes y las costumbres." Aquí la palabra "título" se halla en oposición con la palabra "posesión;" luego es difícil admitir que comprende una posesión cualquiera. La "posesión autorizada por las leyes y las costumbres" se confunde con la prescripción inmemorial; en nuestros días, y según el código civil, ya no puede establecerse "vana pastura" por la prescripción, supuesto que el pasto es una servidumbre discontinua. Así, pues, se necesita una posesión anterior al código para que haya vana pastura. Esto si es ciertamente una prescripción inmemorial. A decir verdad, el origen de la vana pastura se pierde en la noche de los tiempos, y casi siempre se funda en la posesión. Luego en el art. 2, la palabra "título" no puede significar la "posesión," ni por consiguiente la prescripción.

Viene en seguida el art. 11, por cuyos términos todo propietario tiene el derecho de cercar sus heredades en las parroquias en donde, "sin título de propiedad y únicamente por la costumbre," las propiedades se vuelven comunes á todos los habitantes. Aquí la palabra "título" está opuesta á la palabra "uso." ¿Qué cosa es este "uso" ó costumbre? No puede ser más que la "posesión autorizada por las leyes y las costumbres" de que habla el artículo 2, porque fuera de esta posesión y de los títulos, la vana pastura está abolida. Luego la palabra "uso" es sínónima de "posesión" ó de "prescripción" y por lo tanto, la prescripción no puede estar comprendida en la expresión "título de propiedad." Lo que nos lleva á la doctrina consagrada por la corte de casación: los propietarios pueden, pues, emanciparse de la vana pastura, por el coto

de sus heredades, cuando las comunas no invocan más que la larga posesión.

A primera vista, la ley, tal como la corte de casación la interpreta, parece estar en oposición con los principios generales de derecho. En efecto ¿en qué se basa la prescripción? Ella supone que ha habido una convención cuya prueba no se puede administrar; en este caso, implica la existencia de un título. O supone el consentimiento de aquélla contra quien se prescribe, lo que viene á parar en una convención tácita; luego en un título, y aun este título es más significativo de lo que sería una escritura, porque impone un consentimiento que se ha perpetuado por muchos años.

¿Por qué, pues, el legislador de 91 no tiene en cuenta más que los títulos, y por qué permite á los propietarios que se emancipen de la vana pastura, cuando la establece la posesión, es decir, con su consentimiento tácito? Por que, en el presente caso, la posesión no tiene el carácter exclusivo que habitualmente le corresponde. Cuando por primera vez un propietario ha permitido el pasto en sus praderas despojadas de su cosecha, lo ha hecho por tolerancia ó por indiferencia; así, pues, los habitantes no han estado en la inteligencia de que adquirían un derecho. Si este estado de cosas se prolonga y se perpetúa, el legislador mantiene, en verdad, la vana pastura fundada en esta larga posesión, pero no la pone en la misma línea que la servidumbre adquirida por título, porque supone siempre un elemento de tolerancia, y por consiguiente, algo de precario en la posesión. Hay, además, otra consideración: el art. 2 se sirve de los términos “título de propiedad.” Quien dice propiedad dice derecho particular y exclusivo que estriba en un objeto determinado; frecuentemente el título no concierne más que á ciertas praderas,

lo que constituye una servidumbre de pasto. Mientras que la posesión se extiende á todas las praderas de una comuna, lo que es la vana pastura verdadera.

453. El art. 11 es una disposición excepcional, en el sentido de que permite al propietario de un predio gravado con servidumbre emanciparse de ésta, rodeándolo de un coto. Toda excepción es de rigurosa interpretación; luego el derecho de circuirse no puede extenderse á servidumbres que no estén comprendidas en los términos de la ley de 91. El principio no es dudoso (1); la aplicación ha dado lugar á una dificultad que se ha presentado en Francia y en Bélgica, en las mismas circunstancias, lo que hace suponer que se trata de una costumbre antigua que se ha perpetuado á través de los siglos. En todos los casos en que los tribunales han tenido que estatuir, las praderas estaban enteramente cercadas. Este hecho es ya suficiente para colocarnos fuera del código rural, porque todas las disposiciones de la ley de 91 tienen un solo objeto, él de dar á los propietarios el derecho de cercarse: lo que implica heredades no cercadas. Pero en día fijo, el un 1º de Agosto, por ejemplo, se practicaba un boquete en el cercado, después de cosechadas las primeras yerbas, á fin de que los habitantes pudieran introducir por ahí sus ganados y disfrutar de la segunda yerba. Esto no es un derecho de pasto en terrenos abiertos, luego no es pasto vano. Esto es una servidumbre de pasto. La única dificultad consistía en saber si podía establecerse por la posesión. Había costumbres que no admitían la prescripción en materia de pastos. La corte de casación de Francia ha decidido que esta servidumbre de pasto había podido establecerse por medio de prescripción. En efecto, aun en las costumbres en que la servidumbre de uso no se adquiría por título, reconocíase que podía prescribir desde el

1 Aubry y Rau, t. 2º, p. 178, nota 25, y las autoridades que citan.

día en que había habido contradicción. Ahora bien, el cerramiento de las praderas manifestaba que el propietario había querido emanciparse de la vana pastura; pero había tropezado con una resistencia ante la cual se había visto obligado á retroceder; cada año, los habitantes forzaban el cercado; esta lucha terminó en una convención expresa ó tácita que permitió á dos comunas mandar á pacer á sus animales en las praderas cercadas á contar desde un día fijo. Aquí la posesión implica, pues, un título, lo que no permite ya que el propietario invoque el beneficio de la ley de 91 (1).

En otro caso, la comuna gozaba de un derecho de pacto vano sobre la universalidad de su jurisdicción; este derecho se suspendía el 1º de Abril. Además, tenía el derecho de hacer pacer los ganados vacunos y caballar en un cantón especial, en la primavera hasta el 4 de Mayo, en estío, del 24 de Junio al 6 de Julio, en otoño hasta el día de levantar los retoños. Los propietarios no peleaban la existencia del derecho de pasto, sino que sostenían que ésta era una servidumbre de vana pastura que no podía ejercitarse después del 1º de Marzo. La corte de Colmar resolvió que este derecho no era una vana pastura, por más que las praderas no estuviesen cercadas. Esta decisión es conforme á la opinión que nosotros hemos enseñado; es dudosa bajo el punto de vista de la jurisprudencia. La corte de casación la ha confirmado (2).

Está fuera de duda que la ley de 1791 cesa de ser aplicable cuando la comuna tiene la co-propiedad de los predios gravados con un derecho de pasto en su provecho;

1 Sentencias de denegada apelación, de 7 de Marzo de 1820 (*Dalloz, Derecho rural*, núm. 57, 1º), y de 27 de Abril de 1859 (*Dalloz, 1859*, 1, 436). Sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Bélgica, de 25 de Julio de 1862 (*Pasicrisia, 1863*, 1, 7).

2 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Mayo de 1838 (*Dalloz, Derecho rural*, núm. 57, 2º).

porque esta ley sólo es concerniente á las servidumbres de vana pastura, y la co-propiedad excluye toda idea de servidumbre. La dificultad está en saber cuando hay servidumbre y cuando hay co-propiedad. Se ha fallado que había co-propiedad cuando los habitantes disfrutaban de las segundas yerbas vendiéndolas ó arrendándolas por adjudicación pública. Nosotros ya hemos dicho que, según nuestra opinión, este hecho solo no es suficiente, supuesto que no es más que un modo de ejercer la vana pastura. En el caso al debate, este goce no podía considerarse como una pastura vana, porque ésta estaba prohibida por un reglamento del parlamento de Tolosa. Además, la comuna estaba registrada en el libro de contribuciones por un tercio del impuesto. Estas circunstancias han parecido suficientes á la corte de casación para establecer la existencia de un derecho de co-propiedad (1).

*Núm. 3. Consecuencia del cercado.*

454. Según los términos del art. 645, “el propietario que quiere cercarse pierde su derecho á la reciprocidad ó pacto y al pasto vano, en proporción del terreno que substrae.” Este principio está tomado de la ley de 1791, cuyas disposiciones son el comentario del código civil. Cada propietario puede enviar al pasto una cantidad de ganado proporcionada á la extensión del terreno que él posee en la comuna; esta cantidad se fija á tantas cabezas por fanega, según los reglamentos y usos locales, y á falta de documentos positivos á este respecto, provee el consejo de la comuna (art. 13). Cuando un propietario cierra una parte de su propiedad, el número de cabezas de ganado que puede seguir mandando á las tierras particulares de los

1 Sentencia de 21 de Noviembre de 1811 (Dalloz, *Derecho rural*, número 57, 3º). Compárese, Lieja, 19 de Diciembre de 1826 (*Pasicrisa*, 1826, p. 324).

habitantes de la comunidad está restringido proporcionalmente, conforme á la regla que acabamos de establecer (art. 16).

455. Queda por determinar cuándo está cercada una propiedad. El art. 6 de la ley de 1791 contesta á la pregunta: "Se reputará cercada la heredad, cuando esté rodeada de una pared de cuatro pies de altura con barrera ó puerta, ó cuando esté exactamente cerrada y circuida de palizadas ó de enverjados, ó de un seto vivo, ó de un seto seco, hecho con estacas ó ramas retorcidas ó de cualquiera otra manera de hacer los setos que se acostumbre en la localidad, ó enfin, de una zanja de cuatro pies de ancho por lo menos en su abertura y dos piés de profundidad." Esta disposición no es tá concebida en términos restrictivos; así, pues, el cercado es una cuestión de hecho más que de derecho. Han surgido, sin embargo, algunas dificultades en la aplicación. Un propietario había cercado su terreno por un lado con estacas hundidas en el suelo á distancia de un metro unas de otras, y unidas entre sí por alambres y por troncos de árboles, llenos los intervalos con faginas y malezas, lo que formaba una especie de seto muerto. Se objetó que no era bastante sólido para estar al abrigo de la malevolencia. Estas exigencias se salían de los límites de la ley; ésta sólo quiere una cosa, y es que haya un cercado que vede todo acceso á la propiedad y que patentice la intención del propietario de substraer su heredad á la vacuna pastura. Había, además, otra dificultad. Las otras tres caras del terreno estaban resguardadas por un río y por un canal que no pertenecía al propietario; de lo que se infería que esto no era un cercado, porque el cercado implica que el mismo propietario lo establezca á sus expensas y en su predio. Esto también era salirse de los términos de la ley; el texto no dice que una heredad no estará cercada sino cuando esté rodeada por todas partes de muros,

están cerradas, hay ruptura de la convención tácita que había establecido el pacto. Y aun el texto del art. 17 parece prever el caso en el que la acotación se hace por particulares, en sus propiedades, independientemente de actos de la comuna. Hay una sentencia de la corte de casación en este sentido (1).

En este mismo negocio se presentaba otra dificultad. El pacto no cesa de pleno derecho, cuando algunas propiedades se han substraído á él en una de las comunas, por medio de cotos. En el caso hay una especie de condición resolutoria tácita; no siendo observado el contrato por una de las comunas, la otra tiene derecho á pedir su resolución. Y no porque se necesite una acción jurídica como en la condición resolutoria propiamete dicha. El artículo 17 dice que la comuna lesionada tendrá derecho á renunciar al pacto de reciprocidad; luego se necesita una manifestación de voluntad, pero también con esto basta. ¿En qué plazo debería hacerse la renuncia? Todo derecho prescribe en treinta años, este principio se aplica á la facultad de renunciar establecida por el art. 17. Se objeta que se trata de un derecho de pura facultad, y que estos derechos no prescriben. Esto no es exacto. Existe una convención tácita que una de las partes rompe, lo que da á la otra el derecho de romperla por completo; el derecho que nace de la falta de ejecución de una convención, no es un derecho de pura facultad, sino una acción ordinaria; luego está sometida á la prescripción (2).

1 Sentencia de casación, de 3 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853 I, 193). En el mismo sentido, Dijon, 21 de Noviembre de 1861 (Daloz, 3, 1862, 219).

2 Besançon, 28 de Enero de 1848 (Daloz, 1853, 1, 289).