

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 adquiriera 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 derrame de las aguas manifiesta suficientemente el designio del propietario inferior? Según y conforme, contesta Mesnard. 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, incluso 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-

1 Grenoble, 26 de Noviembre de 1840, y sentencia de denegada apelación, de 30 de Noviembre de 1841 (Daloz, 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 anunciaba 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 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 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 154). Compárese, Duranton, tomo 5º, p. 170, núm. 180.

2 Proudhon, *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 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 152). Hay que agregar las sentencias recientes. Véase una sentencia de 8 de Febrero de 1858 y la nota (Daloz, 1858, 1, 68), y sentencia de 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 159), y de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 197).

sión debe ser á título de propietario. La dificultad se reduce, pues, á esto: 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: "ios 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 consagrarla. 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, *Servidumbre*, núm. 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. Regnaud de Saint Jean d'Angely, abundó en este orden de ideas; invocó él uso, es decir, la jurisprudencia: ésta exigía obras, pero Regnaud 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 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 Regnaud 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. Regnaud 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, Regnaud 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 *exteriores*, la sección de legislación propuso sustituirla 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 Tribunado, número 3 (Loché, t. 4º, ps. 173-174).

2 Ducanroy, Bonnier y Roustain, 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 Demolombe, 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 equívocos 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 había 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 (Loaré, t. 4º, 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 convenición, y por lo tanto á prescripción. ¿Pero serán las mismas condiciones que para el propietario contiguo? Nó, 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 emprendiendo 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

1 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 quien 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 propieta-

1 Sentencias de denegada apelación, de 1º de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 21), y de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 197). En el mismo sentido, Amiens, de 18 de Mayo de 1868, confirmada por otra de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 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 ¿caso 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. 4.º, núm. 1371. Dunod, *De la prescripción*, página 37.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3.º, p. 37 y nota 16. Hay que agregar, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2.º, 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 usos 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 estorbare 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. 99, 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 casación 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, citada, 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 arrebató ese derecho. Así, pues, la servidumbre no da al propietario inferior el derecho de gozar, porque éste lo debe á su calidad 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 transmitir á los ribereños un volumen de agua mayor ó menor, en el sentido de vedarse á sí mismo el derecho de retener aquel volumen de agua ó derivarlo ó usarlo. Para determinar ese volumen, 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 está 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. Durantou, t. 5º, p. 179, núms. 182 y 184. Proudhon, *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 exponamos 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