

está construido conforme á las reglas del arte; por sí 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 nó, 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). Infiérese 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 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, (tit. 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 embarace 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 aquellas 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 desenvolvimiento 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 quien 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 arrebatarse 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 enagenarlos, 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 expropia, 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 (*Pasicrisia*, 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, tít. 2º, art. 16.

solvió la cuestión en favor de los ribereños del Escaut. La corte vió en la disminución del valor de las propiedades ribereñas, consecuencia inmediata de los trabajos que impiden la irrigación, una verdadera expropiación que les 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). Véase las conclusiones del procurador general Faider (*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 Escant; 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

ribereno 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 casación 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.

tion 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).



ción de sus propiedades (1). Esta decisión parece á primera vista estar en contradicción con la precedente, puesto que aplica á las aguas derivadas, que corren en un canal privado, los principios que rigen las aguas corrientes. Pero era distinta la cuestión que tenía que resolverse; tratábase, en el primer caso, de los propietarios inferiores no ribereños, que evidentemente no podían invocar el beneficio del art. 644; mientras que en el último caso éranse unos ribereños que reclamaban contra una toma de agua hecha en el canal, la cual disminuía el volumen de agua que les era necesario. Era preciso, para rechazar sus reclamaciones, hacer constar que el propietario del canal había tenido el derecho de hacer aquella toma de agua en su calidad de ribereño; poco importaba, en efecto, que la hiciese directamente en el río ó en un canal de derivación. En seguida, era preciso establecer que aquella toma de agua no perjudicaba á los ribereños inferiores; porque tratándose de las aguas de un río, era preciso aplicar los arts. 644 y 645, en virtud de los cuales los ribereños no tienen más que un derecho limitado en las aguas, y los tribunales deben repartir su uso entre ellos, de modo que se concilien los diversos intereses.

260. Del principio de que las corrientes de agua artificiales son una propiedad privada, se sigue que los ribereños de los canales no pueden ejercer en ellos ningún derecho. Las aguas corrientes de que habla el art. 644 son las corrientes de agua naturales, los ríos no navegables ni flotables, ríos en los cuales los ribereños tienen una especie de propiedad, según unos, y que según otros, á nadie pertenecen. Ciertamente que no son así los canales, aun cuando estén derivados de un curso de agua natural, porque por el hecho de su derivación, las aguas son apropiadas

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Enero de 1845, (Daloz, 1845, 1, 182).

en el sentido de que el propietario del canal puede servirse de ellas, salvo la obligación que le incumbe, en virtud del art. 644, de devolver las aguas, á la salida de sus fundos, al río al cual pertenecen; en tanto que corran por su fundo, él tiene el uso exclusivo de ellas. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes acerca de este punto, y no podía haber duda en ello (1).

No obstante, los tribunales han cedido á veces á consideraciones de equidad, haciéndolas prevalecer sobre el rigor del derecho; pero la corte de casación ha reprimido siempre esos descarríos. Así ha sucedido que los jueces hay concedido á los ribereños un derecho en las aguas de un canal, sometiéndolo á condiciones que impidiesen todo perjuicio á los propietarios de fábricas; y que la corte de casación haya anulado aquella decisión, manteniendo el derecho de propiedad de aquél á quien las aguas pertenecen; ésta, en efecto, es una cuestión de propiedad y no de perjuicio (2). Otra corte había puesto á cargo del propietario de la fábrica la obligación de probar que el canal no estaba gravado con servidumbre de toma de agua, á despecho del principio elemental que consagra la libertad de los predios tanto como la de las personas; así pues, no es al propietario á quien incumbe probar que su predio está libre, sino que al que pretende tener una servidumbre en una co-

1 Véanse las autoridades citadas en Aubry y Rau, t. 3º, p. 47, nota 7. Demolombe, t. 11, p. 154, núm. 127, y la sentencia en Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núms. 240 y 241; en la palabra *aguas*, números 357 y 359, y en la palabra *prescripción*, núm. 152.

2 Sentencia de casación, de 9 de Diciembre de 1818 (Daloz, en la palabra *aguas*, núm. 358). Una sentencia de 28 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 419), parece decidir la cuestión, reconociendo á los habitantes de la localidad el derecho de tomar agua del canal de la fábrica, de dar de beber en él á su ganado y de lavar la ropa, la corte califica estos derechos de *naturales*, preexistentes á la constitución del canal, pero tiene cuidado de hacer constar que el canal se habría construido tanto por interés de los habitantes de la aldea como por el de los molinos. Esta es, pues, una sentencia de caso especial y no de principio.