

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 reúna 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 (Dalloz, 1856, 1, 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 (*Pasjerisia*, 1844, 2, 90).

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

pueden ordenar la destrucción de las obras que un ribereño ha hecho para desviar el agua ó para tomar un volumen mayor que aquél á que tiene derecho. No es dudosa la afirmativa cuando los trabajos se han llevado á cabo sin autorización, porque entonces estamos bajo el imperio del derecho común. Si las obras constituyen un hecho dañoso, es decir, un cuasi delito, los tribunales tienen el derecho no sólo de pronunciar daños y perjuicios, sino también de ordenar que desaparezca la causa del daño, por la destrucción de los trabajos que, no estando autorizados, constituyen un cuasi-delito permanente. ¿Pero qué debe decidirse si el ribereño que emprende las obras pide que el tribunal sobresea en determinar acerca de la acción de destrucción hasta que la autoridad administrativa haya pronunciado acerca del mantenimiento de los trabajos? Se ha fallado que no había lugar á sobreseer. En efecto, el juez se halla en presencia de un hecho dañoso, y es competente y debe agotar su jurisdicción, determinando no sólo sobre la cuestión de daños y perjuicios, sino también sobre la destrucción de los trabajos que producen el daño (1).

Si ha habido autorización, y si, no obstante, las obras lastiman los derechos de un ribereño, ¿puede el tribunal ordenar su destrucción? Se lee en un dictamen del consejero Mesnard que en este caso, ninguna duda es posible: los tribunales, dice él, no tienen el derecho de mandar destruir lo que la administración ha permitido que se edifique; deben limitarse á conceder daños y perjuicios, salvo que la administración decida si algún recurso se ha intentado ante ella (2). Es demasiado decir, afirmar que la duda no es posible; el derecho es un oceano de dudas. La doctrina se ha pronunciado por la opinión contraria. Demolombe

1 Sentencia de casación, de 7 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15).

2 Dictamen sobre la sentencia de denegada apelación, de 27 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 216).

confiesa que el poder judicial no puede reformar los actos del poder administrativo; pero en el caso de que se trata ¿puede decirse que los reforma, cuando las concesiones otorgadas por la administración reservan, expresa ó tácitamente, los derechos de tercero? El juez no hace más que aplicar dicha reserva, y no hay, por lo mismo, lugar á ningún conflicto (1).

¿La reserva de los derechos de terceros tiene realmente el sentido que le atribuye Demolombe? Lo dudamos. Los derechos en los cuales no conoce la administración y que no puede derogar, son los derechos de propiedad y de servidumbre. Si sucediera, y se ha presentado el caso, que la administración autorizase á un ribereño para ejecutar trabajos en un terreno perteneciente á otro ribereño, éste tendría evidentemente el derecho de oponerse y de pedir, en caso necesario, su destrucción. Hay una ordenanza del consejo de Estado en este sentido (2). Pero supongamos que se hayan ejecutado los trabajos en la propiedad del ribereño que está autorizado para ejecutarlos. El co-ribereño se queja de que los trabajos le causan un perjuicio, y que, por consiguiente, lastiman el derecho que le concede el art. 644; pide, por lo tanto, la destrucción de los trabajos. ¿Puede decirse que la reserva de la escritura de concesión estriba en el derecho que nace del art. 644? Los ribereños no tienen derecho absoluto de propiedad; no tienen más que derechos limitados por el derecho igual de sus co-ribereños. Cuando la administración autoriza á uno de ellos para que ejecute algunas obras, toma en consideración los derechos de los diversos ribereños. ¿Puede admitirse que autorice ciertas obras, salvo que los tribuna-

1 Demolombe, t. 11, p. 234, núm. 193. Hay aún otras opiniones en diverso sentido, acerca de esta cuestión. Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 574.

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Junio de 1825 (Dalloz, *Aguas*, núm. 574, 1°).

les las destruyan? Esto casi no es admisible. Todo lo que puede decirse, es que si las obras causan un daño á un co-ribereno, 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 inadmisibile: 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, sean 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 ¿acaso 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 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 327, 3°), y de 9 de Agosto de 1843 (Daloz, *Aguas*, núm. 211, 1°). 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 reúnen 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 (Dañoz 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 esta 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). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 57, nota 50. Demolombe, t. 11, p. 238, núm. 198.

2 Durantou, 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 preveer los asombrosos progresos que la industria y la misma agricultura han realizado en el siglo XIX. Nosotros hemos combatido tales interpretaciones, y no porque aprobamos 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-