

sobre el predio y porque restringen el uso libre de la propiedad. En este sentido, hay que asimilarlas á las servidumbres é interpretarlas restrictivamente, como toda deuda sea de una persona, sea de un predio.

177. Hay una cuestión más general que es común á las servidumbres naturales y á las legales. El código comienza por tratar de las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares, y de las servidumbres impuestas por la ley; en seguida establece las reglas que rigen á las servidumbres propiamente dichas, las que se derivan de actos del hombre. ¿Estas reglas se aplican también á las servidumbres llamadas naturales ó legales? Se enseña la afirmativa, pero agregándole una restricción que destruye el principio: las disposiciones del capítulo III, se dice, no son aplicables á las servidumbres legales ó naturales, cuando éstas no se hayan en armonía con los principios que el código contiene sobre las servidumbres (1). La excepción es tan amplia que absorbe la regla. En efecto, la mayor parte de tales servidumbres naturales ó legales son consecuencias de la propiedad; ahora bien, la propiedad es el derecho común mientras que la servidumbre es la restricción al derecho común; por lo mismo, es imposible aplicar las mismas reglas á dos órdenes de cosas enteramente diferentes. Preferiríamos asentar como regla que las disposiciones del capítulo III, son especiales á las servidumbres que derivan de actos del hombre, salvo el aplicarlas por analogía cuando la haya, como acabamos de hacerlo en lo que concierne á la interpretación restrictiva que recibe toda carga ó deuda que grava un predio.

1 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 2 y siguientes, nota 7, y las autoridades que citan.

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 sometidas 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 garantizar 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 Roustain, t. 2º, p. 77, núm. 63.

2 Sentencia de denegada apelación, de 4 de Diciembre de 1860 (Daloz, 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 regadío 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 (Daloz, 1860, 3, 24, y 1861, 3, 28), y de 24 de Junio de 1868 (Daloz, 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 exponremos estas condiciones.

1 Sentencia de casación, de 29 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 114). Pau, 2 de Mayo de 1857 (Daloz, 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 (Daloz, *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 rehúsa 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 transmitir las 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 manera 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. Compárese, 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 (Dalloz, 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 manantial y las aguas corrientes; da al propietario del manantial 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 manantial se ha convertido en agua corriente; ¿y limitan el derecho de propiedad del dueño del manantial por el hecho solo de volverse éste agua corriente? Nó, preciso 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 diremos; y sigue siendo verdad, aun cuando las aguas del manantial 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 aquella 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 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 177, núm. 267.

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

recho de disponer de las aguas en su primer predio? Nó, 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. Luego 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, 1, 127). Compárese, Aubry y Rau, t. 32, p. 35 y nota 7.