

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

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

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

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

II. Derechos de los propietarios inferiores.

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

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

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

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

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

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

2 Dumoulin, "Notas sobre los consejos de Alejandro" (consil 69). Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1369. Demolombe, t. 11, página 87, núm. 73.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) *El título.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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