

las, á la salida de su predio, á su curso ordinario. En cuanto á aquél cuya heredad está únicamente cercada por el agua, la ley dice que puede servirse de ella al pasar para la irrigación de sus propiedades (art. 644). Así es que la misma ley reglamenta los derechos de todos aquellos que son ribereños del agua, quiere que todos la aprovechen, pero en una medida diferente; esto no es, pues, más que un derecho de *uso* más ó menos extenso que la ley les otorga, pero no les da y ni podía darles el derecho de disponer de aquélla, puesto que ella misma dispone.

192. La corte de casación, después de haber reconocido al propietario del manantial el derecho de disponer de él en provecho de los ribereños inferiores, agrega una restricción. "Estas reglas, dice la corte, tienen una excepción en el caso en que las aguas han sido voluntariamente abandonadas á la *comunidad irrigativa*; entonces toman el carácter de aguas públicas y corrientes, y la ley crea, en este caso, en favor de los ribereños, derechos que modifican los del propietario primordial." Lo mismo pasa, continúa la sentencia, cuando, por el resultado de la convención ó de la prescripción, los propietarios inferiores se han apropiado sobre las aguas un goce privativo al cual ya no se puede atentar. ¿Qué cosa es esta *comunidad irrigativa*? No puede ser más que el derecho que el art. 644 reconoce á todos los ribereños de una agua corriente de servirse de ella para la irrigación de sus propiedades. El término no es legal y está mal escogido, porque los ribereños no forman una comunidad, cada uno de ellos tiene un derecho individual que debe á la ley y del que usa en exclusivo provecho. ¿Cuándo nace el derecho de los ribereños, es decir, cuándo pueden oponer su derecho al del propietario del manantial? La corte de casación contesta que para esto se necesita un *abandono voluntario* del propietario del manantial á esa comunidad irrigativa. Aquí la corte se pone

fuera de la ley; el código no dice una palabra del *abandono voluntario* que el propietario del manantial hace de su derecho. ¿Cuándo existe este *abandono voluntario*? ¿Basta que las aguas hayan dejado el predio para que pertenezcan á la comunidad de los ribereños? Si esto no basta ¿qué más se necesita para que el abandono voluntario transforme al manantial en aguas públicas? La sentencia de la corte de casación guarda silencio en esta cuestión capital. Hay otra sentencia subsecuente, que mantiene la doctrina consagrada por la primera, con una explicación nueva. Vamos á interrogarla (1).

A apelación de un fallo dado en materia de posesión, el tribunal de Clamecy había fallado, conforme á nuestra opinión, que si por los términos del art. 641, el que tiene una fuente en su predio puede usarla á voluntad y aun de modo que absorba todo su producto, este derecho no existe sino dentro de los límites del predio en donde se ha originado el manantial; que saliendo de estos límites, el derecho cesa para hacer lugar al que nace, en provecho de los ribereños del art. 644. El tribunal opone á la doctrina de la corte de casación el texto del código civil. Hay dos derechos, en presencia: el derecho del propietario del manantial es absoluto dentro de los límites del predio en donde aquél nace; fuera de estos límites ya no existe: nace entonces un nuevo derecho, el de los ribereños del agua corriente, derecho cuyo ejercicio norma el art. 644. Este fallo fué casado en el caso de que se trata, el propietario del manantial había dejado correr las aguas á un camino público, y de allí se habían derramado al predio de un propietario que las había utilizado en la irrigación de su propiedad. Después el propietario del manantial había cedido las aguas á otros ribereños. La corte de casación re-

1 Sentencia de casación, de 19 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 345).



solvió que, comprobados de esta manera los hechos, no acarreaban más que un "estado de cosas momentáneo," el cual no había podido hacer perder al propietario del manantial la propiedad de sus aguas, y el derecho de disponer de ellas á voluntad. La cámara civil no habla de comunidad irrigativa, pero el decisionista ha tenido cuidado de marcar que la decisión explica ó modifica la sentencia de 1854. No basta que las aguas del manantial se derramen á un fundo inferior para que haya abandono á la comunidad irrigativa; ¿en tanto que tal *estado de cosas no es más que momentáneo*, el propietario de la fuente conserva su derecho de disposición? ¿Qué más se necesita para que haya *abandono voluntario de comunidad irrigativa*? La sentencia de 1855 no lo dice como tampoco la de 1854.

En definitiva, ni sabemos cuando hay abandono á la comunidad irrigativa; no sabemos cuando el manantial se vuelve agua corriente y pública, cuyo uso pertenece á los ribereños. Esta vaguedad y esta obscuridad son inevitables, porque la jurisprudencia se ha puesto fuera de la ley. Nosotros hemos dicho cuál es el sentido del art. 641, que da un derecho absoluto al propietario del manantial dentro de los límites del predio en que aquél nace; fuera de esos límites, ya no hay manantial, luego el dueño del predio en donde aquél nace ya no tiene ningún derecho, y por lo tanto ninguno puede ceder. El art. 644 es igualmente claro. Habla de las aguas corrientes y permite á los ribereños que se sirvan de ellas. ¿Qué es una agua corriente? Toda agua viva es corriente, supuesto que tal es la ley de la naturaleza. En tanto que ella corre por el predio en donde ha brotado, el dueño del predio es el único que tiene derecho para usarla á su voluntad. Desde el momento en que el agua deja el predio, cesa ser un manantial, propiedad privada y absoluta, para volverse una agua co-

rriente en el sentido del art. 644, propiedad limitada de la que todos los ribereños están llamados á disfrutar.

193. ¿Qué relación hay entre los arts. 641 y 644? En otros terminos, ¿el derecho de los ribereños del agua corriente restringe el derecho del propietario del manantial? La corte de casación, en su sentencia de 1854, pone el "abandono voluntario á la comunidad irrigativa" en la misma línea que el *título* y la *prescripción* que según los términos del art. 641, limitan los derechos del propietario del manantial. Aquí hay confusión y error, á nuestro juicio. Ya lo hemos dicho (núm. 187): la ley no admite más que dos excepciones al derecho absoluto que tiene el propietario del manantial de usarlo á voluntad, el título ó la prescripción y la utilidad pública (art. 641 y 643). No incumbe á los tribunales crear una tercera excepción, con el nombre de "abandono á la comunidad irrigativa." Esta pretendida excepción reposa en una falsa interpretación del art. 644. Desde luego es enteramente arbitraria, en el sentido de que exige una condición para que las aguas de un manantial se vuelvan corrientes, condición que la ley ignora, condición que la jurisprudencia no define y que es imposible definir, porque se halla en oposición con las leyes de la naturaleza; el agua no se vuelve corriente en virtud del pretendido *abandono* que de ella se hace á la *comunidad irrigativa*, sino que es agua corriente por la naturaleza de las cosas. En segundo lugar, la excepción consagrada por la corte de casación interpreta falsamente el art. 644. No es exacto decir que los derechos de los ribereños sobre el agua corriente restrinjan el derecho del propietario del manantial, con el mismo título que la convención, la prescripción ó la utilidad pública. En estos últimos casos, el propietario del manantial ya no puede usarlo á voluntad; está gravado con una servidumbre que impide que él se sirva de unas aguas en perjuicio del pre-



dio dominante; mientras que el derecho que el art. 644 concede á los ribereños jamás restringe por sí solo el derecho que tiene el propietario del predio; y aunque los ribereños se hubiesen servido de las aguas durante mil años, el derecho del propietario del manantial subsistiría en toda su extensión. Esto es elemental. ¿Cómo es, pues, que la corte de casación ha podido engañarse? Porque ella ha admitido en provecho del dueño del manantial el derecho de ceder el uso de las aguas fuera de su predio; ahora bien, este derecho es incompatible con el que tienen los ribereños según el art. 644; porque al ceder su derecho á uno de los propietarios inferiores, el dueño del manantial impide á los otros que usen el agua corriente. Para conciliar las dos disposiciones, interpretándolas como lo hace la corte de casación, era necesario imaginar un *abandono* que el propietario del manantial hace de su derecho en provecho de los ribereños inferiores y permitirle que cediese su derecho por todo el tiempo que no hubiese hecho el abandono voluntario.

Todo esto es imaginario. Los ribereños de una corriente de agua no necesitan que el propietario del manantial les haga el abandono de sus derechos para usar el agua; deben su derecho á la ley, y no puede arrebatarseles por la cesión que el dueño del manantial hiciera á uno de ellos. Cediendo el derecho al uso de las aguas, al salir éstas de su predio, el propietario cede lo que no le pertenece, cede el uso de una agua corriente que la ley atribuye á los ribereños. Desde el momento en que el agua sale del predio en donde tiene su fuente, se vuelve del dominio de todos los ribereños con título igual, y no corresponde al propietario del manantial atribuir un derecho exclusivo á uno de ellos con perjuicio de los demás. En cambio, el derecho de los ribereños del agua corriente no atenta de ningún modo al derecho que el propietario tiene dentro

de los límites de su predio, de usar á voluntad del agua del manantial. El puede ejercitar ese derecho por todo el tiempo que no lo abdique por un título ó por una prescripción que equivalga á título.

Tal es la condición natural de los arts. 641 y 644. Nosotros no negamos el derecho absoluto del propietario del manantial, que está escrito en la ley pero que no ejerce sino dentro de los límites de su predio. El no puede cederlo, porque el derecho cedido por él se ejercería fuera de su predio, luego cedería un derecho que él no tiene; él tiene un derecho en el manantial, y cedería un derecho sobre una agua que ya no es un manantial, sobre una agua corriente cuya propiedad ó uso, con poco importa, pertenece en título igual á todos los ribereños.

El propietario del manantial no puede ceder derechos que pertenecen á terceros; no puede crear una propiedad exclusiva de las aguas en provecho de un solo ribereño, cuando la ley ha establecido una propiedad limitada en provecho de todos. Esta propiedad limitada se ejerce desde el momento en que hay una agua corriente, es decir, desde el momento en que sale del predio en donde nace y en donde es objeto de una propiedad exclusiva. No hay que distinguir si el propietario del manantial ha hecho ó nó el abandono voluntario de sus derechos á una pretendida comunidad irrigativa: la ley ignora esta distinción y no corresponde al intérprete crearla. Nosotros agregamos que ni motivo había para crearla. El agua, como el aire, es un elemento de vida; la Providencia la ha destinado para todos, y el legislador debe respetar las miras de la naturaleza. Puede reprocharse á los autores del código civil que no hayan otorgado derechos demasiado extensos á aquél que tiene en su predio un manantial; cuidémonos de exagerar todavía derechos que ya salen de los límites de la naturaleza y de la justicia



194. Las cuestiones de detalle que se presentan en la aplicación del art. 641 dependen de la solución que se dé á la dificultad que acabamos de examinar. Déjase entender que si el propietario del manantial tiene derecho para disponer del uso de las aguas fuera del predio en donde brotan, puede hacerlo en provecho de todo propietario inferior, mediato ó inmediato, como lo ha resuelto la corte de casación en las sentencias que hemos creído deber combatir. Es evidente, además, que el cesionario puede, por su parte, ceder su derecho á quien él quiera. Si se llevase hasta el extremo este derecho, se llegaría á aniquilar el que el art. 644 concede á los ribereños; y en definitiva, el propietario del manantial sería el que dispusiese de las aguas y nó la naturaleza y la ley. Esta consecuencia lógica que se deriva del principio habla en contra de la jurisprudencia que lo ha consagrado. En nuestra opinión, el *título* de que habla el art. 641 no es una *cesión* que el propietario hace de las aguas del manantial, sino una renuncia al derecho que debe á la ley de usarlas á voluntad; luego es una restricción de sus derechos, y por lo tanto, una servidumbre, como lo hemos dicho, servidumbre pasiva para el predio en donde brota el manantial, servidumbre activa para el predio en el cual corren las aguas; lo que era un gravamen para los propietarios se vuelve un derecho. La extensión de la servidumbre se rige según el título; luego éste es el que se tiene que consultar, para determinar la extensión que el propietario del manantial ha impuesto á su predio. Y la extensión del gravamen determina la extensión del derecho que el título da á los propietarios inferiores. Si el título fija el volumen de agua cuyo uso se veda á sí mismo el propietario del manantial en provecho del ribereño inferior, éste no podrá salirse de esos límites; pero podrá servirse de las aguas para todos sus predios, por aplicación del derecho común, tal como resulta del

art. 644; porque esta disposición es la que rige los derechos de los ribereños entre sí; la convención celebrada entre el propietario del manantial y el propietario inferior, tiene únicamente por objeto impedir al dueño del manantial que absorba las aguas y forzarlo á que las deje correr en todo ó en parte por los predios inferiores. Cuando las aguas han llegado á éstos, la ley interviene para arreglar los derechos de los ribereños. El propietario del manantial no podría dar á un propietario inferior derechos que aquél no tiene en virtud del art. 644; el único derecho que el título crea, es el derecho al derrame de las aguas.

b) *Destino del padre de familia.*

195. El art. 647 no habla del destino del padre de familia. ¿Debe inferirse de aquí que si el propietario del predio hubiese emprendido trabajos que constituyan el destino del padre de familia y que tengan por objeto hacer servir las aguas del manantial á otra heredad que le pertenece, no habría en provecho del padre de familia, adquisición de la servidumbre, la cual, según el art. 643, puede adquirirse por título ó por prescripción? Ha habido un fallo en este sentido, en virtud de apelación, en materia de acción posesoria; pero fué casado, y con razón (1). ¿Qué importa el silencio del art. 641? La cuestión debe decidirse por los principios generales que rigen á las servidumbres. Según los términos del art. 692, "el destino del padre de familia equivale á título respecto á las servidumbres continuas y aparentes;" ahora bien, la servidumbre que el propietario inferior adquiere en el caso previsto por el art. 641 es continua y aparente, supuesto que consiste en el gravamen de dejar correr las aguas al fundo inferior mediante algunos

1 Sentencia de casación, de 30 de Junio de 1841 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 142). En sentido contrario, Demolombe, tomo 11, p. 107, núm. 83, y Aubry y Rau, t. 3º, p. 36 y nota 2.



trabajos aparentes y permanentes, trabajos que constituyen el destino del padre de familia. Esto decide la cuestión. El mismo art. 641 la resuelve implícitamente; en efecto, admite la prescripción, luego también el destino del padre de familia, supuesto que la prescripción tanto como el destino del padre de familia no se aplican más que á las servidumbres continuas y aparentes (art. 691).

196. ¿Cuál será el efecto del destino del padre de familia? ¿Transmite al propietario del predio que adquiere el derecho absoluto en las aguas tal como lo posee el propietario del manantial? Nó, porque el destino no es una venta; equivale á título, dice el art. 692, es decir, que crea una servidumbre, ó sea una simple modificación de la propiedad. El propietario del manantial se había servido de las aguas para utilidad de uno de sus predios: este estado de cosas se mantiene en virtud de un concurso tácito de voluntades. Hé aquí toda la teoría del destino del padre de familia.

*c) Prescripción.*

197. El art. 641 pone á la prescripción en la misma línea que al título. Y el 642 determina las condiciones que se requieren para que haya prescripción. Se necesita desde luego que el propietario del predio inferior tenga un goce no interrumpido por espacio de treinta años. Esto es la aplicación del principio general establecido por el artículo 690, por cuyos términos las servidumbres se adquieren por una posesión de treinta años. Para que la posesión conduzca á la prescripción, debe reunir las condiciones exigidas por el art. 2229: "para poder prescribir, se necesita una posesión continua y no interrumpida, pacífica, pública, nada equívoca y á título de propietario." El art. 691 reproduce algunos de estos caracteres: quiere que el goce sea no interrumpido, y que los trabajos en

que se funda la posesión sean aparentes. Déjase entender que los principios generales concernientes á la prescripción siguen siendo aplicables por el hecho solo de que la ley no lo deroga.

La ley exige un goce no interrumpido, durante treinta años; si ella se explica sobre la interrupción, es sin duda para marcar que el propietario del manantial tiene un medio de impedir que la prescripción lo despoje de su derecho de propiedad, y es interrumpirlo. Tal es, por otra parte, el derecho común. Luego hay que aplicar el artículo 2242 según el cual la prescripción puede interrumpirse natural ó civilmente.

Hay interrupción natural dice el art. 2249, cuando el poseedor se ve privado, durante más de un año, del goce de la cosa, sea por el antiguo propietario, sea hasta por un tercero. En nuestro caso, había interrupción natural si el propietario de la fuente retuviese las aguas ó las desviase. Y ¿es preciso indispensablemente que dicha interrupción haya durado un año, como lo exige el art. 2243? Esta disposición supone que el propietario inferior tiene la posesión anual que le dan las acciones posesorias por medio de las cuales se le mantiene en su goce; en este caso, se necesita, para interrumpir la prescripción, que durante un año el propietario del manantial le haya impedido disfrutar de las aguas reteniéndolas ó desviándolas. Si el propietario inferior no tuviere todavía la posesión anual, el simple hecho de la retención ó de la desviación de las aguas, sería bastante para interrumpir inmediatamente la prescripción, puesto que el propietario inferior no tendría, en este caso, las acciones posesorias para mantener su goce. Esto no es más que la aplicación del derecho común.

En cuanto á la interrupción civil, fenece por medio de notificación, mandamiento ó secuestro, notificados á aquél



á quien se quiere impedir que prescriba. Tales son los términos del art. 2244. En el caso que estamos tratando, no puede tratarse ni de un embargo ni de un mandamiento, que es el preliminar. La vía más sencilla para interrumpir la prescripción del propietario inferior, es hacerle una interpelación á efecto que tenga que reconocer que su goce es puramente precario y que no podría invocarlo contra el propietario del manantial. Si el propietario inferior se negare á subscribir semejante prescripción, el propietario del manantial debería citarlo judicialmente. Una simple protesta que hiciese el propietario del predio en donde brota el manantial contra las empresas del propietario inferior no sería suficiente para interrumpir la prescripción: la interrupción civil no existe sino en los casos y con las condiciones determinadas por la ley (1).

198. ¿Cuándo comienza á contarse esa prescripción? El art. 642 contesta: "Desde el momento en que el propietario del predio inferior ha hecho y terminado obras aparentes para facilitar la caída y la corriente de agua en su propiedad." Se necesita que las obras estén *hechas y terminadas*, dice la ley; ciertos trabajos empezados no serían, pues, suficientes para poner inmediatamente al propietario del manantial en moratoria de interrumpirlas. Ni siquiera tendría el derecho, si las obras se hubiesen ejecutado en el predio inferior, y éstas, como más adelante lo diremos, bastan para fundar la prescripción. Los treinta años corren, pues, no desde el día en que los trabajos han empezado, sino desde el momento en que se concluyen. El propietario del predio es entonces avisado de la intención que tiene el propietario inferior de ejercer una servidumbre á cargo del predio, y debe interrumpir el goce

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 36, nota 14; p. 38, nota 18, y . 2º, p. 351t nota 26, y las autoridades que allí se citan.

del propietario inferior si es que quiere impedir que se cumpla la prescripción.

199. ¿Qué género de trabajos se necesitan para que la prescripción comience á contarse? Hay acerca de este punto una gran diversidad de pareceres en la doctrina y en la jurisprudencia (1). La razón consiste en que los autores han querido hacer de una cuestión de hecho una cuestión de derecho. Todo lo que la ley exige, es que haya *obras* aparentes, destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua al fundo inferior, y no se explica sobre la naturaleza de dichas obras. Esta es una cuestión de hecho que puede recibir soluciones diversas según las diversas circunstancias. Así es, que se pregunta si una zanja ó atarjea abierta en el predio superior, para conducir las aguas á una pradera, es una *obra* en el sentido del art. 643. La corte de Burdeos ha resuelto la cuestión afirmativamente; dice muy bien, que la naturaleza y la importancia de las obras deben apreciarse según el objeto de la contienda. En el presente caso, se trataba de la irrigación de una pradera, que no era de mucha extensión, y la irrigación no se verificaba sino durante treinta y seis horas por semana; una simple zanja era suficiente para ese uso; ¿por qué, pues, se habrían exigido obras más considerables? (2). En otro caso, la corte de casación falló que no bastaba que hubiese en el predio superior una reguera destinada á dirigir las aguas hacia el predio inferior, por más que la limpia la hubiese hecho el propietario de este predio; y fué porque había circunstancias particulares que no permitían que se considerara la reguera como una obra hecha para facilitar la caída del agua por interés del propietario inferior. El consejero Mesnard, hizo bien patentes esas circunstancias, y al mismo tiempo estableció los verdaderos principios.

1 Demolombe, t. 11, p. 88, núm. 74, y las autoridades que él cita.

2 Burdeos, 5 de Julio de 1834 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 153).