

Todos reconocen un primer punto, y es que la corriente natural de las aguas del manantial al predio inferior no dé ningún derecho al propietario de esta heredad; es preciso para que adquiera un derecho, que su goce esté acompañado de signos externos que manifiesten de una manera clara que ha tenido la intención de apropiarse las aguas y de crear, en provecho, una servidumbre en el predio superior.

Estos signos ó estas obras deben ser bastante significativas para que den la voz de alarma al propietario del predio, anunciándole una voluntad bien determinada de limitar sus derechos. Tales son los principios. En la aplicación como se trata de una cuestión de voluntad ó de intención, hay que consultar los hechos. ¿Una reguera que existe en el predio superior y que ha sido abierta para el derrame de las aguas manifiesta suficientemente el designio del propietario inferior? Según y conforme, contesta Mesnard. Si la reguera ha sido abierta por él, ó á orden suya en el predio en donde brota el manantial, ó si no se ha establecido más que por su interés, puede suceder que esta obra caracterice suficientemente una posesión á título de servidumbre. No pasaba así en el caso juzgado por la corte de casación. Había una reguera; pero ¿quién la había abierto? ¿se había hecho por interés del propietario inferior? No se sabía. La duda sola acerca de estos puntos quitaba á las obras el carácter de actos hechos á título de servidumbre. Por lo mismo, la limpia venía á ser un hecho insignificante, y la corte de casación tenía razón en decidir que no estaban satisfechas las condiciones requeridas por la ley para el establecimiento de una servidumbre (1). En otra causa, la corte falló que una reguera practicada por el propietario inferior en un lavadero común era

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Daloz, 1845 1, 253).

suficiente para adquirir la servidumbre. La sentencia se pronunció á dictamen del mismo consejero cuyas observaciones acabamos de resumir (1).

200. No todo es cuestión de hecho en las obras que la ley prescribe. Ella quiere que las ejecute el propietario del predio inferior, y la razón es bien sencilla. Los trabajos deben anunciar la voluntad del propietario inferior de prescribir contra el derecho del propietario del manantial; es, pues, preciso que las obras se ejecuten por su interés; y si las ejecuta el propietario superior, todas las probabilidades son que él haya querido facilitar el derrame de las aguas por su propio interés; él ha obrado como propietario y en provecho de su heredad; lejos de que resulte de esto una posesión que pueda invocar el propietario inferior, los trabajos atestiguan y protestan contra sus pretensiones. Es casi inútil citar la doctrina y la jurisprudencia, supuesto que es formal el texto (2).

201. Según los términos del art. 642, las obras deben destinarse á facilitar la caída y la corriente del agua en el predio inferior. Esto es siempre la aplicación del principio que acabamos de establecer. Los trabajos emprendidos para facilitar el derrame de las aguas pueden tener por objeto, sea impedir la estancación de las aguas en el predio en donde brota el manantial, sea hacerlas llegar al predio inferior; en el primer caso, los trabajos no pueden crear servidumbre, supuesto que son el ejercicio del derecho de propiedad, y se han ejecutado en interés del propietario del manantial; en el segundo caso, los trabajos aprovechan al propietario inferior, por lo que se dirigen

1 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Enero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 145).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 39 nota 15, y las autoridades que citan. Sentencias de denegada apelación, de 15 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 253), y de casación, de 18 de Marzo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 122).

contra el propietario superior, y á este título, dan principio á la prescripción. La corte de casación ha aplicado el art. 642 á un caso singular. Unos diques apoyados contra un predio perteneciente al propietario del manantial hacían derivar las aguas de un riachuelo que recibía al manantial. El propietario del predio inferior disfrutaba desde tiempo inmemorial de las aguas del riachuelo, incluso las del manantial, cuando el propietario de éste lo desvió en provecho de una comuna. El ribereño inferior invocó la prescripción; opusieronle que los trabajos que él alegaba se destinaban á derivar las aguas del riachuelo, y podían fundar una prescripción en contra de los ribereños del mencionado riachuelo, pero que estando los trabajos practicados á cien metros del manantial, no tenían por objeto facilitar su derrame y corriente al fundo inferior. Las aguas del manantial, dice muy bien la corte de Grenoble, en el momento en que salen del predio en el cual brotan, cesan de ser la propiedad del dueño de aquel predio, y entran al dominio de todos los ribereños; luego el riachuelo es distinto del manantial, supuesto que no hay trabajos emprendidos para facilitar su caída al predio inferior (1).

202. El art. 642 exige que los trabajos sean *aparentes*. Esto no es más que la aplicación de un principio general en materia de prescripción. La posesión, según el art. 2229, debe ser pública. ¿Pero cómo debe entenderse la publicidad? Ciñéndose á la letra del art. 642, habría que resolver que las obras deben hallarse á la superficie del suelo, de suerte que un acueducto subterráneo no sería suficiente, por más que se anunciara por signos exteriores. Pero si de tal manera se interpreta el art. 642, se le pone en oposición con un texto formal y con los principios ge-

¹ Grenoble, 26 de Noviembre de 1840, y sentencia de denegada apelación, de 30 de Noviembre de 1841 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 152).

nerales. Todo lo que los principios exigen es que la *posesión* sea pública aunque las obras sean subterráneas; el artículo 553 lo dice: desde el momento en que los hechos de posesión son públicos, de modo que el propietario contra el cual se prescribe deba conocerlos, se ha conseguido el objeto de la ley. Se ha fallado en este sentido que un canal subterráneo que conduce las aguas del predio superior al inferior era una obra aparente, porque se anunciaba á la entrada del predio, por una abertura ó marca exterior, lo que constituía una publicidad suficiente (1).

203. ¿Se necesita que los trabajos se hayan emprendido en el predio superior? Esto es una cuestión muy debatida. La jurisprudencia constante de la corte de casación decide que los trabajos deben emprenderse en el fundo en donde brota el manantial; los autores están divididos. Nosotros creemos que, según el texto y el espíritu de la ley es bastante con que los trabajos se ejecuten en el predio inferior. El texto entra en el detalle de las condiciones que se requieren para que haya prescripción, y entre ellas no exige que los trabajos se emprendan en el predio superior. Se pretende que esta condición resulta de los principios (2). Se trata de una prescripción adquisitiva fundada en la posesión; así es que, la cuestión está en saber cuáles son los caracteres que la posesión debe reunir para que conduzca á la prescripción. Ya hemos citado el artículo 2229 que contesta á la cuestión; el único carácter que tenga punto de contacto con nuestro caso es que la pose-

¹ Sentencia de denegada apelación, de 13 de Abril de 1830 (Daloz, en la palabra *servidumbre*, núm. 154). Compárese, Durantou, tomo 5º, p. 170, núm. 180.

² Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núms. 1372-1374; Demolombe, t. 11, p. 98, núm. 80. La jurisprudencia de la corte de casación se halla en este sentido (Daloz, *Servidumbre*, núm. 152). Hay que agregar las sentencias recientes. Véase una sentencia de 8 de Febrero de 1858 y la nota (Daloz, 1858, 1, 68), y sentencia de 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 159), y de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 197).

sión debe ser á título de propietario. La dificultad se reduce, pues, á ésto; si el propietario inferior hace trabajos en su predio, trabajos que estén destinados á facilitar la caída y la corriente en su heredad, y si él disfruta de las aguas á causa de tales trabajos, ¿su posesión será á título de propietario? Nosotros contestamos que el juez podrá ver en esto una posesión conducente á la prescripción; la posesión es esencialmente una cuestión de hecho que el juez apreciará. Sin duda que si los trabajos los ejecuta el ribereño inferior en el predio superior, la posesión será más caracterizada, y hasta podría resultar de las circunstancias de la causa que semejantes trabajos fueron ejecutados con el consentimiento del propietario superior, es cierto, pero á título de buena vecindad, de tolerancia, es decir, á título precario, lo que haría imposible la prescripción. Luego no hay que decir: por el solo hecho de que las obras se emprendieron en el predio superior, la posesión será útil á la prescripción. Y tampoco debe decirse: por el hecho de que los trabajos se practicarán en el predio inferior, la posesión no conducirá á la prescripción. El artículo 643 no exige más que una cosa, obras destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua; y el art. 2229 quiere que la posesión sea á título de propietario. Al juez incumbe decidir si las obras ejecutadas por el propietario inferior, sea en su predio, sea en el predio superior, revelan una posesión á título de propietario.

Esos son los principios tales como resultan del texto mismo del código civil. Nos oponen el antiguo derecho. En efecto, Dunod enseña formalmente que: "los vecinos deben haber hecho un canal en el predio de donde sale el manantial para llevar el agua al predio de aquellos" (1). Mucho caso hacemos de la tradición, pero con la condición de que se pruebe que el código civil la ha manteni-

1 Dunod, "Tratado de las prescripciones," p. 88.

do. Como derecho positivo, la antigua jurisprudencia está abrogada; luego no se la puede invocar sino cuando el legislador ha intentado consagrarla. Se pretende que los propios términos del art. 643 procuran la prueba que está uno pidiendo; ¿es concebible que se emprendan trabajos en el predio inferior que faciliten la caída del agua? Esto no es concebible, se dice, sino cuando las obras se ejecutan en el predio superior. Nosotros contestamos que ésta es una cuestión de hecho; el juez apreciará las obras, y si le parece que no están destinadas á facilitar la caída de agua al fundo inferior, no admitirá la prescripción. Tenemos todavía otra respuesta que dar á esta objeción de texto: la corte de casación, que siempre ha exigido que las obras fuesen practicadas en el predio superior, confiesa que el art. 643 no lo dice de una manera explícita (1). ¿En qué se funda, pues, la corte? Ella dice que esto resulta del espíritu de la ley. Acerca de este punto la corte de casación se engaña evidentemente. No pronunciamos á la ligera la palabra evidente: los textos hablarán por nosotros.

Quando se invoca el espíritu de la ley, debería uno tomarse el trabajo de investigar la voluntad del legislador, porque el espíritu de la ley es lo que han apetecido los autores del código. Consultemos, pues, la discusión. El proyecto sometido á las deliberaciones del consejo de Estado no contenía más que una sola disposición: "El que tiene un manantial en su predio puede usarlo á voluntad." Quando se abrió la discusión, Berlier propuso que se agregara: "sin perjuicio, no obstante, de los derechos del propietario de la heredad inferior, cuando ha recibido las aguas de aquel manantial por un tiempo suficiente para que su uso prescriba."

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Julio de 1837 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 151, 1.º, p. 94).

Así, el primer autor del art. 642 ni siquiera pronunció la palabra *obras*, y se contentaba con una posesión suficiente para prescribir. Treilhard objetó que, para prescribir, era preciso poseer *animo domini*; ahora bien, dice él, el propietario del predio inferior no puede ignorar que el manantial del agua que atraviesa su propiedad pertenece al propietario del terreno en que aquélla nace. Este solo tiene el derecho de usarla; si deja correr las aguas, no por eso ha de entenderse que otorgó un derecho al propietario inferior. ¿Qué es lo que Treilhard opone á la proposición de Berlier? Que el hecho solo del derrame del agua al predio inferior no da ningún derecho al propietario de este predio. Esto es elemental. Hagamos únicamente constar que Treilhard nada dice todavía de *obras*. Berlier contestó que él no disputaba al dueño del predio en donde brota el manantial la propiedad de las aguas; es libre para darles el destino que guste; pero si en lugar de emplear las aguas las deja correr á los predios inferiores á los que aprovechan, ¿no sería ocasionar gran perjuicio á estas fincas, si el propietario del manantial pudiera, después de más de treinta años, suprimir ó desviar el curso del manantial, sobre todo, si ha habido obras ejecutadas en consideración á aquel estado de cosas? Berlier agregó que la propiedad de las aguas era de una naturaleza muy particular. Regnaud de Saint Jean d'Angely, abundó en este orden de ideas; invocó el uso, es decir, la jurisprudencia: ésta exigía obras, pero Regnaud dijo en términos formales que la jurisprudencia se daba por satisfecha con obras ejecutadas en el predio inferior para aprovechar las aguas. Hé aquí, pues, á los partidarios de la tradición interpretándola como nosotros interpretamos el art. 642: se necesitan obras, dijo Maleville, porque el goce solo de las aguas es insuficiente; se necesita que independientemente de la posesión el propietario del predio inferior haya hecho desde hace

treinta años obras para el uso de de las aguas. Tronchet, dió otro sentido á la tradición; él pretendía que el propietario inferior no era admitido á prescribir; según él la disposición propuesta por Berlier era una innovación; concluye diciendo que sería muy difícil prescribir si la posesión no estuviese atestiguada por medio de *obras exteriores*. Siempre ni una sola palabra acerca del punto de saber en qué predio debían ejecutarse los trabajos. Por mejor decir, nadie rebatió lo que Regnaud había dicho, que las obras emprendidas en el predio inferior fundan una posesión suficiente para la prescripción. Cambacères habló en términos generales de la necesidad de obras ejecutadas por el propietario inferior. Regnaud insistió en la carga para defender la causa de los propietarios inferiores; cuando éstos se habían procurado irrigaciones por medio de trabajos ó construcciones, no se podía permitir al propietario del manantial que las había soportado durante treinta años que las devolviese de repente inútiles derivando las aguas del manantial en provecho de un tercero, que se vería enriquecido de este modo por la ruina de aquél á quien se hubiesen quitado las aguas. El acta de la sesión comprueba que se adoptó el artículo con las enmiendas de Bernier, Regnaud y Cambacères. (1).

Si para interpretar el espíritu del art. 642, no tuviéramos más que la discusión del consejo de Estado, habría que decir, sin vacilar, que el legislador se ha conformado con trabajos exteriores, es decir, con obras que manifiesten la intención que el propietario inferior tiene de usar las aguas á título de derecho y no á título de tolerancia. Ni una sola palabra se dijo en el consejo, de donde pudiera inducirse que se necesitan trabajos hechos en el predio superior. Por el contrario, se dijo, y se repitió, que eran

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

suficientes las obras ejecutadas por el propietario inferior en su predio. Hasta este momento estamos buscando en vano el espíritu de la ley que la corte de casación invoca en apoyo de su jurisprudencia. Las deliberaciones del consejo de Estado hablan decididamente en contra de la doctrina consagrada por la corte.

Vamos á llegar al punto decisivo del debate. La cuestión de saber si las obras exteriores exigidas por el proyecto del consejo de Estado deben ejecutarse en el predio superior no se había provocado en la discusión, porque todos estaban de acuerdo en que bastaban las obras hechas en el predio inferior. En el seno de la sección de legislación del Tribunado, la cuestión fué objeto de maduro examen. Los que pensaban que los trabajos deben hacerse en el predio superior decían: "El propietario del predio superior siendo como es el propietario del manantial, no se puede prescribir contra él toda ó parte de dicha propiedad, sino por ciertos medios que indiquen un consentimiento en la pérdida de esa propiedad. Se conviene en que el propietario superior conoce esa intención, y de qué manera la conocería si las obras sólo se ejecutan en el predio inferior? Y aun cuando el propietario del manantial tuviese conocimiento de los trabajos ¿de qué manera impedirá él que el propietario inferior haga en su finca lo que se le ocurra?" Escuchemos ahora á los partidarios de la opinión contraria. Ellos confiesan que si se tratara de una servidumbre establecida por actos del hombre, habría que mostrarse más riguroso y exigir que los trabajos se hiciesen en la finca sirviente. Pero en el presente caso, la servidumbre dimana del estado de los lugares; el ribereño inferior debe su goce no á una convención expresa ó tácita, sino á un beneficio de la naturaleza. Si el propietario superior ha permanecido durante el largo espacio de treinta años sin perturbar aquel goce, se supone que ha ratificado

la obra de la naturaleza. Las obras que el propietario inferior ejecuta en su finca son una declaración formal de que tiene pensado prescribir, y si se cumple la prescripción, el propietario debe imputarse el no haber manifestado una voluntad contraria. El podía durante treinta años detener la prescripción, sea absorbiendo el agua del manantial, sea derivándola, sea declarando al propietario inferior, por protesta formal, que él no piensa dejar que prescriba en su contra el derecho de cambiar el curso del agua. No habiendo hecho nada de todo esto, su silencio equivale al consentimiento de que el propietario inferior conserve lo que la naturaleza le ha otorgado.

Hé aquí, pues, las dos opiniones en presencia: ¿cuál será la que triunfe? La última opinión, dice el Tribunado, es la que ha prevalecido. Y para desvanecer la duda que habría podido engendrar la palabra *exteriores*, la sección de legislación propuso sustituirla por la palabra *aparentes* (1). Así se planteó y resolvió la cuestión, y el texto del proyecto fué modificado consecuentemente. Debe renunciarse á servirse de los trabajos preparatorios si no se les tiene en cuenta cuando hay una resolución formal en el sentido de una de las opiniones que se abren paso acerca de una cuestión debatida? (2). ¿Qué se contesta á esto? Se dice que la opinión que estamos sosteniendo era, en verdad, la del consejo de Estado y del Tribunado; pero que como el texto del art. 642 no la ha consagrado, los principios deben conservar su imperio (3). ¡Cómo! se trata, por propia confesión de la corte de casación, de averiguar

1 Observaciones de la sección de legislación del Tribunado, número 3 (Loché, t. 4º, ps. 173-174).

2 Ducarroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 178, 4º; Aubry y Rau, t. 3º, p. 37, nota 17, y las autoridades que citan. Hay una sentencia de Rouen, de 16 de Julio de 1857 en favor de esta opinión (Daloz, 1857, 2, 181).

3 Demolombe, t. 11, p. 98, núm. 80. En cuanto á las sentencias de casación, nada dicen.

el espíritu de una ley que no es muy explícita. Y hé aquí que los autores mismos de la ley nos dicen lo que ellos han deseado. ¡Y se rehusan á darles oídos, porque no escribieron su voluntad en un texto! Y aun esto mismo no es exacto, porque el texto se ha modificado en el sentido de la opinión unánime de los que han preparado la ley. ¿Hemos estado equívocos al decir que el espíritu de la ley es evidente, y que habla en contra de la corte de casación?

Casi es inútil invocar las palabras de los oradores del gobierno y del Tribunado. Berlier en la Exposición de motivos, se conforma con trabajos *aparentes* y *especiales*; y por trabajos especiales entiende obras destinadas á facilitar la caída y la corriente del agua en el predio inferior. Gillet interpreta la tradición como lo había hecho Tronchet; el antiguo derecho, dice él, no admitía la prescripción en favor del propietario del predio inferior; el código la admite cuando el propietario ha tomado posesión del curso del agua por obras aparentes, si el propietario del manantial, advertido por esta misma apariencia, nada ha hecho durante treinta años para interrumpir un goce que no era el suyo (1).

204. ¿Se necesita que los propietarios estén contiguos para que puedan prescribir en contra del dueño del manantial? En principio, no hay razón para limitar á los propietarios inmediatos el derecho de prescribir contra el propietario del manantial. Si ellos no quieren ó no pueden usar del agua, ¿por qué no había de permitirse á los propietarios más lejanos usarla? La naturaleza les da ese derecho, puesto que el manantial ha venido á ser una corriente de agua; pero el propietario del manantial conserva la propiedad de las aguas, y podía quitarles este goce absorbiendo el manantial ó derivándolo. Así, pues, es pa-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 6 (Loché, t. 4º, p. 179). Gillet, Discurso número 7 (*ibid.*, p. 194).

ra ellos importante impedir que el propietario del manantial ejerza su derecho: es decir, que hay lugar á convencción, y por lo tanto á prescripción. ¿Pero serán las mismas condiciones que para el propietario contiguo? Nó, se dice, los trabajos deberán hacerse en el predio en donde brota el manantial. Esto resulta del texto mismo del artículo 643, el cual exige que los trabajos se destinen á facilitar la caída del agua, lo que significa el paso del agua del predio en donde brota al predio contiguo. Luego esta condición no puede, pues, cumplirse en los predios más alejados. De aquí la consecuencia de que obras practicadas en estos fundos serían insuficientes para adquirir la prescripción. Ellos podrán siempre prescribir, pero emprendiendo trabajos en el predio superior.

Tal es la opinión general, aun la de aquellos que se conforman con trabajos ejecutados en el predio inferior (1). Creemos que se ciñen demasiado á la letra de la ley. ¿Por qué exige la ley obras destinadas á facilitar la caída y la corriente de agua? Como lo expresó el Tribunado, fué para marcar la voluntad del propietario que con eso manifiesta su intención de usar del agua á título de derecho. ¿Cuál debe ser la naturaleza de estas obras? Esta es una cuestión de hecho que el legislador no ha podido resolver, porque el juez solo puede hacerlo según las circunstancias de cada causa. El texto supone que hay un predio superior, de donde las aguas caen al predio inferior, pero esto puede no tener lugar, porque los dos predios estén en una llanura; sería entonces inútil hacer trabajos para facilitar la caída del agua, supuesto que no hay caída. Esto prueba que todo depende de la situación de los lugares. Lo único que sí puede decirse, es que mientras más se aleje uno del predio en donde el manantial tiene su origen, más

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 38, nota 19, y las autoridades que ellos citan.