

difícil será que las obras sean aparentes. Pero ésta es también una dificultad de hecho. Nosotros concluimos que en esta materia hay que atenerse á la apreciación del juez (1).

205. Ciertas obras existen sea en el predio inferior, sea en el superior; se supone que se destinan á facilitar la caída y la corriente del agua al predio inferior; esto no basta para que haya adquisición de la servidumbre por prescripción; la ley es formal, y quiere que los trabajos los ejecute el propietario inferior que reclama la servidumbre. La prueba incumbe al actor; al que pretende que su predio disfruta de una servidumbre es al que corresponde probarlo. Luego el propietario del predio inferior debe probar que él fué quien hizo los trabajos. Tal es el principio. Respecto á la aplicación del principio hay que distinguir. Si las obras existen en el predio inferior, el propietario puede invocar la presunción del art. 553, por cuyos términos todas las construcciones en un terreno se presumen hechas por el propietario, á su costa y que le pertenecen, mientras no se pruebe lo contrario. Teniendo el propietario una presunción legal á su favor, está, por lo mismo, dispensado de toda prueba (art 1352), salvo que el propietario superior la rinda en contrario. En cambio, las obras ejecutadas en el predio superior se presumen la propiedad del dueño del fundo, en virtud de la misma presunción. En este caso, pues, corresponde al propietario inferior combatir la presunción.

La corte de casación ha fallado que "los trabajos ejecutados en el predio ageno se presumen hechos por aquél á quien aprovechan, ó por sus órdenes ó en su interés." De aquí infiere la corte que si existen algunos trabajos en el predio superior, destinados á facilitar el derrame de las

1 Compárese, Marcadé t. 2º, p. 559, art. 642, núm. 111. Demante, t. 2º, p. 577, núm. 493, bis 3.

aguas al predio inferior, de suerte que los trabajos se han hecho exclusivamente por interés de aquel predio, hay presunción de que fueron ejecutados por el propietario de dicho predio (1). Hay en esto error ó equivocación. Unas obras existen en el predio superior: ¿cuál es la presunción legal acerca del punto de saber quién ejecutó tales trabajos? El art. 553, contesta: "se presumen hechas por el propietario y á su costa, y como que le pertenecen." Luego, lejos de que haya presunción legal en favor del propietario inferior, la hay en favor del propietario superior. Pero la ley agrega, salvo la prueba contraria. Así, pues, se recibe al propietario inferior á que pruebe que él fué el que hizo los trabajos. ¿Cómo se rendirá esta prueba? Puede hacerse por testigos, supuesto que se trata de hechos puros y sencillos, los cuales de derecho común se prueban por medio de testigos, sea cual fuere el monto del litigio. Ahora bien, cuando es admisible la prueba testimonial, el juez puede también admitir las presunciones llamadas del hombre, porque se abandonan á la ilustración y prudencia del magistrado. El propietario inferior podrá, pues, alegar á este título, la presunción de que habiéndose ejecutado los trabajos por su interés, se le tenga á él por el autor. Así es que lo que la corte de casación llama una presunción legal en favor del propietario inferior, es una presunción simple; y lejos de estar dispensado de toda prueba, el propietario inferior es el que está obligado á rendir la prueba. Todo esto es elemental (2).

206. Se pregunta si los trabajos exigidos por el art. 642 podrían reemplazarse por una notificación que el propieta-

1 Sentencias de denegada apelación, de 1º de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 21), y de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 197). En el mismo sentido, Amiens, de 18 de Mayo de 1868, confirmada por otra de 17 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1869, 1, 197).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 39 y nota 21.

rio inferior hiciese al propietario del manantial, para significarle que se abstenga de cambios en la dirección de las aguas. Proudhon enseña la afirmativa, é invoca la máxima de que "la contradicción abre la carrera á la prescripción de todo lo que puede prescribir" (1). La máxima está formulada en estos términos por Dunod, y es incontestable; pero queda por saber si no la ha derogado el art. 642, con razón ó sin ella, poco importa. Ahora bien, el texto es formal; las obras son una condición esencialmente requerida para que la prescripción pueda cumplirse en provecho del propietario inferior. Esto no es ni lógico ni jurídico. Porque ¿qué son los trabajos ejecutados por el propietario inferior? Una moratoria para el propietario superior. Y ¿caso una notificación directa que el propietario inferior le dirige no es una manifestación más clara, más enérgica de su voluntad de prescribir que los trabajos que, en rigor, pueden ser un acto de tolerancia y de buena vecindad? Proudhon tiene razón en principio; pero el texto no permite que se acepte su opinión, y por esto ha quedado aislada (2).

d) *El efecto del título, del destino y de la prescripción.*

207. ¿Cuál es el efecto del título, del destino del padre de familia y de la prescripción? Hay mucha incertidumbre acerca de esta cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia. Al hablar del título, hemos dicho ya, que en nuestra opinión, el derecho que el propietario inferior adquiere, según el art. 641, consiste en una servidumbre que grava al predio en donde nace el manantial. El texto y el espíritu de la ley no dejan duda alguna acerca de este

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4.º, núm. 1371. Dunod, *De la prescripción*, página 37.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3.º, p. 37 y nota 16. Hay que agregar, Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2.º, p. 161, n. 6.

punto. "El que tiene en su predio un manantial, dice el art. 641, puede usarlo á voluntad." Lo que equivale á decir que él es propietario del manantial, y el derecho de propiedad es ilimitado. Luego el dueño del manantial puede absorberlo en usos agrícolas é industriales; y si usa de este derecho, el manantial no se volverá agua corriente, y por consiguiente, los propietarios inferiores no aprovecharán el agua. Aun cuando el propietario superior haya dejado correr el agua desde tiempo inmemorial, puede siempre retenerla, derivarla, absorberla, y quitar con esto á los ribereños el goce que ellos habían tenido. Así, pues, éstos tienen mucho interés en limitar el derecho absoluto del propietario del manantial; y limitar el ejercicio del derecho de propiedad, es crear una servidumbre. Tal es el objeto del título, del destino del padre de familia y de la prescripción y esto es lo que indica el texto al decir, *salvo el derecho*. El propietario inferior puede, pues, adquirir un derecho que impida al propietario superior usar á su voluntad del agua, y esto es una servidumbre (1). Dijimos también que tal es el espíritu de la ley. Esta da á los ribereños de las aguas corrientes el derecho de servirse de ellas, pero este derecho podría ser destruido por el propietario del manantial, si éste retuviese las aguas y les estorbase que corrieran á las fincas inferiores. Así, pues, para asegurarse el goce del agua, los propietarios inferiores deben limitar el derecho absoluto del propietario del manantial, es decir, establecer una servidumbre.

208. La aplicación de este principio no ofrece duda alguna cuando el propietario inferior invoca el destino del padre de familia. Este es un medio de establecer las servidumbres, art. 692, y el destino del padre de familia ja-

1 Véase en este sentido, el informe del consejero relator en el negocio fallado por sentencia de 12 de Mayo de 1828 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 171, p. 39, nota).

más tiene otro efecto. No sucede lo mismo con el título y la prescripción. El título puede transferir la propiedad toda, tanto como una servidumbre; se puede adquirir por la prescripción la propiedad toda ó un desmembramiento. De aquí la cuestión de saber si el propietario inferior puede adquirir la propiedad de las aguas del manantial, por título ó por prescripción. Generalmente se admite que el propietario del manantial puede transmitir la propiedad de las aguas al propietario inferior por un título translativo de propiedad (1). Nosotros hemos combatido esa opinión, núm 191; y en apoyo de la nuestra, invocaremos los considerandos de una sentencia de la corte de casación y las observaciones de relator. Este dice formalmente que el derecho que puede haber adquirido el propietario del predio inferior por título ó por prescripción y cuya reserva hace el art. 641, no translada la propiedad, puesto que es inherente el predio; este derecho, concluye el dictámen, es menos una propiedad que una servidumbre. La sentencia de la corte adopta esta manera de ver, y decide que la propiedad de un manantial es esencialmente inherente al predio; aunque quisieran las partes no podrían transmitirla, porque el manantial no se transporta de uno á otro predio. ¿Qué cosa es, pues, el derecho de los propietarios inferiores de que habla el artículo 641? Una servidumbre, dice la corte, relativa al uso de las aguas que se derraman del manantial (2).

¿De dónde nace esa servidumbre? Ella puede establecerse por título ó por prescripción. La ley pone á la prescripción en la misma línea que el título, luego debe tener los mismos efectos. Si el título no transporta la propiedad del manantial al propietario inferior, la prescripción tampoco puede hacerlo propietario: él usa el agua, pero no

1. Aubry y Rau, t. 3º, p. 39.

2 Sentencias de denegada apelación, de 20 de Mayo de 1828, citada, número 207.

posee el manantial, luego no puede adquirir la propiedad de éste, porque no se adquiere por la prescripción sino lo que se ha poseído. Hay, no obstante, acerca de este punto alguna controversia. Los editores de Zachariæ enseñan que la prescripción jamás da al propietario inferior más que un derecho de uso en el agua del manantial, mientras que el título puede conferirle la propiedad misma. Esta doctrina nos parece poco lógica. En principio, se puede adquirir por prescripción lo que se puede adquirir por convención. Luego si se admite que el propietario del manantial puede vender su derecho de propiedad, debe concluirse que también puede prescribirlo en su contra. Pero los ilustres traductores comprendieron que era imposible al propietario inferior prescribir el manantial, y ya dimos la razón, que es perentoria. ¿No debe inferirse de esto que ni el título ni la prescripción puede transferir una propiedad que esencialmente está adherida al predio? No obstante, la corte de casación, por reciente sentencia, ha fallado que la propiedad del agua puede adquirirse por prescripción (1).

209. ¿Cuál es la extensión de la servidumbre que grava el predio en donde brota el manantial? Acerca de este punto hay nuevas dificultades. Antes que todo, debemos formarnos una idea exacta del objeto de la servidumbre. Indirectamente se dice que el objeto de la servidumbre es dar al propietario el goce del agua. Esto no es exacto. Desde el momento en que el manantial sale del predio en donde brota, se vuelve una agua corriente, ahora bien, la ley, de acuerdo con la naturaleza, da á los ribereños el derecho de usar del agua corriente á su paso. Así, pues, los ribereños disfrutan del agua en virtud de la ley; pero ese goce está á discreción del propietario del ma-

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 220).

nantial, que puede siempre retener las aguas, absorberlas ó derivarlas por todo el tiempo que los propietarios inferiores no hayan limitado su derecho absoluto de usar á voluntad el agua. Luego el objeto de la servidumbre es limitar el derecho absoluto del propietario del manantial. El era libre de usar del agua á discreción, y la servidumbre á la que queda sometido su predio le arrebató ese derecho. Así, pues, la servidumbre no da al propietario inferior el derecho de gozar, porque éste lo debe á su calidad de ribereño, sino que garantiza ese derecho, poniéndolo al abrigo de las empresas del propietario del manantial.

Así, pues, el derecho de usar el agua á discreción está limitado por la servidumbre. Esta limitación puede ser más ó menos extensa; en otros términos, el propietario del manantial puede obligarse á transmitir á los ribereños un volúmen de agua mayor ó menor, en el sentido de vedarse á sí mismo el derecho de retener aquel volúmen de agua ó derivarlo ó usarlo. Para determinar ese volúmen, se necesita naturalmente consultar el título, el destino del padre de familia y la posesión. Esto no es más que la aplicación del derecho común (art. 686). Pero se suscitan nuevas dificultades acerca del uso que el ribereño inferior puede hacer del agua que el propietario del manantial esté obligado á dejar correr en su fundo. Se pregunta si el propietario de la finca dominante puede usar del agua como se le ocurra, para otros predios que no sean el que reciba el agua, si puede ceder ésta á terceros. Los autores contestan que se debe aplicar el art. 702, por cuyos términos el que tiene un derecho de servidumbre no puede usarlo sino conforme á su título (1). Nos parece que la cuestión está mal planteada. El título no tiene por objeto arreglar los

1 Compárese, Demolombe, t. 11, p. 108, núms. 85-88. Durantou t. 5^o, p. 179, núms. 182 y 184. Pröudhion, *Del dominio público*, t. 4^o, núm. 1362.

derechos que el ribereño inferior tenga en las aguas; tales derechos los determina el art. 644; pueden, es verdad, modificarse por las convenciones celebradas entre los ribereños y por la prescripción; pero el propietario del manantial no puede dar al ribereño inferior un derecho que éste no tiene en virtud de la ley, de las convenciones ó de la prescripción; y tampoco puede despojarlo de un derecho que le corresponde por cualquiera de estos títulos. En efecto, no es él quien concede á los ribereños inferiores el derecho de disfrutar del agua; no les da más que un solo derecho, el de impedir que el propietario del manantial retenga el agua y le emplee á su capricho. Este es el único objeto del título, del destino del padre de familia y la prescripción que norman las relaciones entre el propietario inferior y el propietario del manantial; en cuanto á las relaciones de los ribereños entre sí, están regidas por el art. 644 y por las convenciones ó prescripciones que puedan modificar la ley. Así, pues, más adelante será cuando expongamos esta materia, al tratar de los derechos que los ribereños tienen en las aguas corrientes.

Conforme á estos principios, fácil es determinar la situación de ambas partes, cuando hay título, destino ó prescripción. El propietario del fundo en donde brota el manantial permanece propietario de éste, por lo que conserva el derecho de emplear el agua, salvo la limitación resultante de las diversas causas que establecen una servidumbre á cargo de su fundo. ¿Puede hacer otras concesiones? Otra vez está mal planteada la cuestión; el propietario del manantial no hace concesión, sino que se impone una limitación en el uso á que tienen derecho. Si no se ha vedado el uso de una manera absoluta, puede restringir por nuevos títulos los límites de su derecho. Pero ya no puede hacer derivación que ataque la servidumbre que ha establecido, porque, según el derecho común, nada puede

hacer de lo que disminuya el uso de la servidumbre de que su finca es deudora (art. 697). ¿El propietario del manantial puede oponerse á que el propietario de la heredad dominante use del agua como guste? Acabamos de contestar que ese uso en nada concierne á la servidumbre, y qué, por consiguiente, el propietario del predio sirviente no tiene derecho á intervenir en esto. Más adelante diremos cuáles son los derechos de los ribereños. Si surge conflicto entre el derecho del propietario del manantial y el derecho de servidumbre del propietario inferior, el tribunal resolverá la cuestión, no en virtud del poder discrecional que le da el art. 644 cuando se trata de las relaciones entre los ribereños, sino según los principios que rigen la propiedad y las servidumbres. Hay dos derechos reales en presencia, limitándose mutuamente, pero la limitación resulta de los títulos y el juez no puede imponerla en virtud de un poder de conciliación que no le pertenece sino cuando se trata de relaciones entre ribereños de una agua corriente.

III. Derechos de los habitantes de una comuna.

a) Servidumbre establecida por el art. 643.

210. Según los términos del art. 643, "el propietario del manantial no puede cambiar su curso, cuando éste abastece del agua necesaria á los habitantes de una comuna, villa ó aldea." ¿Cuál es el motivo de esta restricción que recibe el derecho del propietario del manantial? Gillet, el orador del Tribunado, dice que la *utilidad pública* (1). El derecho de propiedad cede á toda hora ante la utilidad pública, pues existe una diferencia grande entre la expropiación por causa de utilidad pública y la servidumbre establecida por el art. 643. Cuando se expropia á un

1 Gillet, Discursos núm. 8 (Loché, t. 4º, p. 941).

propietario, queda privado de su propiedad; en el caso presente, el propietario del manantial conserva su derecho, únicamente el uso del derecho es lo que se limita: esto es una servidumbre que la ley impone al predio en donde toma origen el manantial. Acabamos de decir, que la ley la impone, y esto constituye una segunda diferencia. La expropiación ordinaria la pronuncian los tribunales, cuando el propietario y el Estado no se ponen de acuerdo, luego hay siempre un contrato voluntario ó forzoso, y cuando es forzoso, hay que obedecer á numerosas formalidades. En el caso del art. 643, no hay contrato, no hay procedimiento de ninguna especie. La ley es la que expropia parcialmente al propietario del manantial gravando su fundo con una servidumbre (1). El legislador ha juzgado que era inútil exigir el consentimiento del propietario y prescribir formas cuando es patente la causa que hace establecer la servidumbre. Sólo que el propietario puede disputar la existencia de esa causa, es decir, que puede sostener que el manantial no es necesario á los habitantes de la comuna que reclaman su uso. Esto es una última diferencia entre la servidumbre legal del art. 643 y la expropiación: ésta se funda en la *utilidad pública* y no requiere que haya necesidad, mientras que la servidumbre del art. 643 no existe sino cuando el agua es *necesaria*. Es, pues, importante ver cuándo hay necesidad en el sentido de la ley.

211. Ante todo fijémonos en un principio de interpretación que nos servirá para resolver las dificultades que presenta el art. 643. Proudhon dice muy bien, que respecto á servidumbre, todo es de rigor, puesto que la libertad constituye la regla, el derecho común (2); pero cuando

1 Demolombe, t. 11, p. 115, núm. 90.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1391, 1º.