

necesita aplicar su principio, lo echa á veces en olvido. Hay más que decir: la servidumbre del art. 643 es particularmente excepcional: la ley es la que expropia parcialmente al propietario. Así, pues, la servidumbre legal del art. 643 es de estricta interpretación bajo un concepto doble. En primer lugar, toda servidumbre es de derecho estricto; en segundo lugar, una servidumbre establecida por la ley, á pesar del propietario, tiene su único principio en la ley; luego no puede extenderse, aun cuando fuese por razón de analogía, porque la interpretación analógica conduciría á crear una servidumbre legal sin ley.

212. ¿Quién puede reclamar la servidumbre establecida por el art. 643? La ley contesta: Los habitantes de una comuna, villa ó villorio. Luego se necesita que el agua sea necesaria á una comunidad de habitantes. Habitantes aislados no podrían ejercitar la servidumbre de toma de agua. Proudhon, olvidando el principio que acaba de asentar, enseña que los habitantes de una casa que se hallase apartada podrían invocar el beneficio del art. 643, á título de aldea (1). Es cierto que la ley no define la aldea, pero sí dice *los habitantes*; luego supone que hay varios, y jamás se ha dado el nombre de aldea á una sola habitación. La utilidad *pública* es lo que hace que se establezca esta servidumbre; luego es necesario que haya una comunidad interesada en el uso del manantial; no hay utilidad pública allí en donde sólo hay intereses individuales. Si hubiese lugar á contienda, los habitantes no podrían proceder individualmente, sino que la comuna sería la que promoviese la acción. Tal es también la opinión general.

213. ¿Cuál es la necesidad que los habitantes de una comuna pueden invocar? ¿Su consumo personal, las nece-

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1386. En sentido contrario, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, nota 27. Sentencia de Limoges, de 13 de Mayo de 1849 (Dalloz, *Servidumbre*, número 174, 2º).

sidades de la agricultura y de la industria? Hay alguna duda, según los términos de la ley, que quiere que el agua sea necesaria á los habitantes, pero que no dice en que consiste esa necesidad. Es, pues, preciso consultar el espíritu de la ley. La disposición del art. 643 no se hallaba en el proyecto sometido al consejo de Estado. Regnaud fué el que propuso que se consagrara tal restricción al derecho del propietario del manantial; y motivó la restricción haciendo notar que había aldeas cuyas fuentes y abrevaderos públicos estaban únicamente alimentados por las aguas que se derraman de un predio superior, propiedad de un particular (1). El art. 643 debe interpretarse en este sentido, y por consiguiente, debe limitarse la servidumbre á los habitantes, como lo expresa el texto, y á sus animales, siendo el abrevadero de los animales domésticos una necesidad tan urgente para los habitantes de los campos como sus necesidades personales. Pero no podría extenderse la servidumbre al regadío de las tierras ni al movimiento de las fábricas. Sin duda que la agricultura y la industria son de interés público; pero el que las ejerce lo hace por interés privado; ahora bien, la ley exige más que un *interés*, así pudiera ser general, quiere que haya *necesidad* pública, para que se modifique el derecho de propiedad. Puede decirse que es llevar demasiado lejos el respeto á la propiedad, privar á una comuna de las aguas fertilizantes de un manantial; pero no se podría llegar hasta allí sin cambiar completamente el sistema y estableciendo como principio que todas las aguas, aun las de los manantiales, son un dominio común; siendo así que la ley hace del manantial objeto de una propiedad privada. Es-

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

ta es la opinión general, con excepción de algunos dis-
tintos (1).

214. No basta que el agua sirva para el consumo de los habitantes, precisa que les sea *necesaria*. Pardessus piensa que una utilidad bien marcada es suficiente. Esto es desviarse del principio de interpretación que domina toda esta materia, la ley exige que las aguas sean *necesarias* á los habitantes de una comuna; luego por útiles que les sean, si no le son necesarias, no pueden ellos reclamar su uso. Demolombe, como de costumbre, comienza por fijar el principio conforme al rigor del derecho; en seguida, la subordina al hecho, dando á los jueces el poder de apreciar, conforme á las circunstancias, el carácter de la necesidad que se invocase (2). Nó: la necesidad no admite términos medios, y desde el momento en que es patente, la servidumbre existe; y cuando deja de haber necesidad, cesa la servidumbre. Se notan las mismas incertidumbres en la jurisprudencia. La corte de Aix, á la vez que permite al propietario del manantial que use el agua, decide que no podría cambiar el curso (3). Esto es contradictorio. Si no hay necesidad no hay servidumbre, y si no hay servidumbre el propietario del manantial puede derivar las aguas, porque la servidumbre consiste precisamente, como dice el art. 643, en el gravamen de que el propietario del manantial no puede cambiar su curso. La corte de Orleans ha fallado mejor, primeramente en principio, que el uso excepcional de las aguas de un manantial, autorizado por el art. 643, tiene por condición de existencia, por justificación y por límite la necesidad; ahora bien, el uso no puede declararse necesario sino en tanto que no es po-

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, notas 28-29 y en Dalloz, *Servidumbre*, núm. 176.

2 Pardessus, t. 1º, p. 334, núm. 138. Demolombe, t. 11, p. 119, número 94.

3 Aix, 13 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 220).

sible, en razón de la situación de las personas y de los lugares, suplirlo de otra manera. En segundo lugar, la sentencia hace constar de hecho, que los habitantes de la comuna que reclamaran el uso de un manantial podían tomar en vados públicos el agua que les fuese necesaria; en verdad que tales vados, en razón de la distancia, eran mucho menos cómodos para los habitantes, pero la mayor ó menor incomodidad no crea una necesidad; y la ley puede muy bien expropiar al dueño del manantial del libre uso de su propiedad, pero no ha podido ni querido privar al propietario de su derecho por la comodidad de otros propietarios (1).

Se pregunta si hay necesidad por el hecho solo de que no hay pozo en la comuna que reclama el uso del manantial. Hay un motivo para dudar. Podría decirse que los habitantes no tienen más que cavar pozos para tener agua, y que, por consiguiente, no hay necesidad. A esto Proudhon contesta perfectamente, que los autores del código sabían que se podía adquirir agua cavando, y que, no obstante, han establecido una servidumbre por interés de los que no la tenían, lo que decide la cuestión. Hay más: la servidumbre carecería de razón de ser, si sólo se hubiese creado para los que no pueden tener pozos, porque siempre hay medios de cavarlos, con gasto mayor ó menor. La corte de casación consagra esta opinión en un caso en que había algunos pozos en la comuna, pero en que numerosas habitaciones carecían de ellos, lo que bastaba para legitimar la servidumbre (2).

215. ¿A qué aguas se aplica la servidumbre establecida por el art. 643? Se ha fallado por la corte de casación que

1 Orleans, 23 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1858, 2, 108). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 41, notas 30-32 y las autoridades que ellos citan.

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1887. Sentencia de denegada apelación, de 4 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 283).

había lugar á esta servidumbre, cuando los habitantes de una comuna tomaban en un abrevadero el agua que les era necesaria (1). Según esta jurisprudencia, no sería necesario que el agua fuese corriente; y habría que decidir, como lo hacen varios autores, que los habitantes podrían reclamar el uso de una fuente, de una charca, de un estanque y de una cisterna (2). Proudhon combate esta opinión con una vivacidad extrema. Invoca desde luego el principio de que la servidumbre del art. 643 es de estricta interpretación; debe uno ceñirse al texto; ahora bien, la letra de la ley no permite que se dude. "El propietario del manantial, dice el art. 643, no puede cambiar su curso;" luego preciso es que se trate de un manantial y que éste tenga corriente, es decir, que se haya vuelto una agua corriente; fuera de los términos de la excepción, volvemos al derecho común de la libertad. Esto es decisivo. No obstante, hay alguna duda bajo el punto de vista del espíritu de la ley: la necesidad es lo que crea la servidumbre, y la crea en una agua que es propiedad privada; ¿en dónde está la diferencia entre el manantial y el estanque ó la cisterna? Proudhon contesta que querer encontrar analogía entre una cisterna y un arroyo, es llevar la aberración á su punto extremo. Se concibe que la ley disponga de un manantial cuando se ha vuelto agua corriente; pero el agua de una cisterna ó de una charca pertenece tan rigurosamente al propietario de la charca ó de la cisterna como la que se toma en el río pertenece al dueño del suelo; luego no está á disposición de la ley. El art. 643, continúa Proudhon, prohíbe al propietario del manantial que cambie su curso: ¿se concibe que la ley prohíba al propietario de una cisterna que desvíe un arroyo que no existe? ¡Pero

1 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Julio de 1822 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 187).

2 Durantón, t. 5º, p. 186, núm. 191. Delvincout, t. 1º, p. 183. Toullier, t. 2º, núm. 134. Pardessus, t. 1º, núm. 138.

el espíritu de la ley! Grande es la diferencia, contesta Proudhon, entre las aguas de un manantial que incesantemente se renuevan y una cisterna que se agota por el uso; se comprende que la ley dé un derecho sobre el manantial que es inagotable; pero no se comprende que el legislador permita á los habitantes de una aldea que agoten una cisterna cuando pueden cavar una.

A Durantón es al que Proudhon contesta con tanta dureza, al decir que sería difícil acumular más aberraciones en tan breves líneas (1), y hay que confesar que, con excepción de la vivacidad de la forma, el reproche es merecido. Insistimos para excusarnos de que, después de tantos autores, nos hemos atrevido á emprender la publicación de un nuevo curso de *Principios*. Y es que los principios son precisamente los que les faltan. Y Proudhon no marca siquiera todos los errores cometidos por Durantón. Este invoca los arts. 545 y 645 en apoyo de su opinión. El art. 545 es relativo á la expropiación por causa de utilidad pública, y nada tiene de común con la servidumbre legal establecida por el art. 643. En cuanto al art. 644, da á los tribunales un poder discrecional para fallar las contiendas que surjan entre los ribereños de una corriente de agua; y en el caso de que se trata, el debate se agita entre una comuna y el propietario de un manantial. He aquí cómo se mezclan y confunden los principios más extraños á las cuestiones que se trata de decidir. Por aplicación de estos principios, se ha fallado que los habitantes de una comuna no pueden reclamar el uso de un manantial que no se derrama fuera del fundo en donde brota. En el caso de que se trataba, el agua formaba una fuente en una taza de mampostería; no había corriente de agua exterior. Das á los habitantes de la comuna vecina el derecho de tomar agua de esa fuente, habría sido

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

desnaturalizar enteramente la servidumbre creada por la ley. El código supone que los habitantes se sirven del agua á su paso, es decir en sus fincas; mientras que hallándose la fuente en el predio superior, los habitantes habrían debido penetrar en él y conducir á sus animales. Que se lea el art. 643, y que se decida si esa es la servidumbre que el legislador define y limita al decir que el propietario del manantial no puede cambiar su curso. Esto equivaldría á crear una nueva servidumbre y los jueces no tienen ese derecho (1).

216. ¿Los principios que el código civil establece en los manantiales se aplican á las aguas termales? Se ha fallado que el art. 643 no se aplica á las venas subterráneas é ignoradas, sobre las cuales nadie tiene derecho antes de que el propietario del suelo, al cavarlas, las haya descubierto y hecho surgir. Esto equivale á decir que las fuentes termales permanecen bajo el imperio del derecho común. La misma sentencia resuelve que ninguna ley prohíbe las excavaciones y las rebuscas en los terreros contiguos á las aguas termales, por los propietarios de dichos terrenos (2). Para poner las aguas termales al abrigo de las empresas de los propietarios vecinos, la corte de Montpellier había aplicado el art. 643 hasta á los veneros alimentadores de esas aguas; esto suponía, en primer lugar, que la necesidad exigida por la ley comprende la utilidad medicinal, lo que es muy discutible; esto implicaba, además, que las comunas tienen, en virtud del art. 643, un derecho en los veneros de las fuentes que les son necesarias, y más adelante diremos que la doctrina y la jurisprudencia rechazan tal interpretación; por último, la corte había extendido á los propietarios de los terrenos en donde se hallan las venas

1 Dijon, 9 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

2 Sentencia de casación, de 4 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 305).

alimentadoras de las aguas termales, la servidumbre que la ley impone al propietario del fundo en donde brota el manantial, lo que era contrario al texto y al espíritu de la ley. La corte de Montpellier hacía la ley. Había un vacío en el código civil, que ha sido colmado en Francia por la ley de 14 de Julio de 1856. Esta ley permite que se declaren de interés público las fuentes de aguas minerales; cuando ha sido hecha la declaración, resulta una servidumbre en provecho de las aguas termales sobre los predios vecinos. Esto es lo que la ley llama un perímetro de protección; ningún sondeaje, ningún trabajo subterráneo puede practicarse en dicho perímetro sin previa autorización (1).

b) Derechos de los habitantes de la comuna.

217. ¿Qué derecho da la servidumbre á los habitantes en cuyo beneficio se establece aquélla? El texto del artículo 643 contesta á nuestra cuestión; él dice en qué consiste la servidumbre: "El propietario del manantial no puede cambiar el curso de éste." Esto supone que el manantial se ha vuelto una agua corriente de la que tienen derecho de servirse los habitantes como ribereños. Conforme al derecho común, este uso sería precario, puesto que depende siempre del propietario del manantial retener las aguas ó desviarlas. El deja de tener este derecho cuando las aguas son necesarias á los habitantes de una comuna. La servidumbre del art. 643, lo mismo que la que puede constituirse por título ó por prescripción, tiene, pues, por objeto, impedir que el propietario del manantial lo use á discreción, como en principio se lo permite el art. 641. Síguese de aquí que los habitantes únicamente tienen el derecho

1 Véase la ley en la exposición de motivos, y el diotámen en Dalloz, 1856, 4, 85.