

de emplear el agua á su paso, según el derecho común consagrado por el art. 644; con esta diferencia, sin embargo, que no deben ser ribereños para servirse del agua, puesto que el art. 643 aplica el agua al uso de todos. Esto concierne á las relaciones de los habitantes entre sí; por el momento, nosotros estamos examinando cuáles son sus relaciones con el propietario del manantial. Ellos pueden oponerse á que éste cambie la corriente del manantial: tal es el único derecho que les concede el art. 643.

218. Se pregunta si los habitantes tienen el derecho de paso, de toma de agua y de acueducto; es decir, si pueden pasar por el predio del propietario á quien pertenece la fuente para tomar el agua que necesitan, y si pueden construir un acueducto para llevar el agua á la comuna. Generalmente se adopta la negativa, y si se ajusta uno al texto del artículo 643, á penas se comprende que se haya suscitado la cuestión (1). Se trata de restringir el derecho de propiedad del dueño del manantial. Este derecho es, en principio, absoluto, según el art. 545 y según el 641; las restricciones del 643 son, pues, de la más estricta interpretación. Proudhon, que establece ese principio, lo olvida en el caso actual. El concede á los habitantes el derecho de paso, cuando no pueden aprovechar el agua si no es penetrando al predio en donde esté el manantial. El agua no puede tomarse sino en donde está, dice Proudhon. Esto supone que el agua no tiene corriente fuera del predio en donde brota el manantial. Si así es, no hay lugar á la servidumbre del art. 643. El mismo Proudhon dice más adelante que esa servidumbre consiste únicamente en prohibir al propietario del manantial que le cambie la dirección, cuando el arroyo lleva el tributo de sus aguas á una aldea á la que son necesarias. Este último principio

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 42, notas 35-36, y las autoridades que ellos citan. En sentido contrario, Proudhon, *Del dominio público*, números 1381-1382; compárese el núm. 1391.

es el verdadero, puesto que el código civil lo consagra. Luego hay que decir que si el manantial no tiene corriente fuera del predio en donde surge, no hay servidumbre; que si se vuelve agua corriente, los habitantes de la comuna deben tomarla tal como la naturaleza se las da, salvo el hacer en su territorio los trabajos necesarios para aprovechar sus beneficios. Darles un derecho cualquiera sobre el predio en donde nace el manantial, sería, como lo expresa muy bien la corte de casación, substituir una servidumbre, cuyo objeto especial está claramente definido, con una servidumbre distinta y nueva que diferiría esencialmente de la primera (1). El intérprete no puede tener ese derecho, y no puede haber servidumbre legal sin ley.

219. El art. 643 no pone en presencia más que á los habitantes de la comuna á los cuales es necesaria el agua y al propietario del predio en donde nace el manantial. Puede haber otros interesados. El manantial se vuelve agua corriente; pasa por los predios de los ribereños antes de llegar á la comuna que la necesita; ¿pueden los ribereños emplear el agua con perjuicio de los habitantes de la comuna? ¿ó no pueden emplearla sino con la carga de transmitir á los habitantes el agua que necesitan? Se ha fallado por la corte de casación que el artículo 643, que prohíbe al propietario del manantial cambiar su corriente, necesariamente se aplica al propietario intermedio cuya heredad es atravesada por las aguas del manantial. No se podría admitir, dice la corte, que el ribereño que tiene en las aguas un derecho menos extenso que el del propietario en cuyo predio brota el manantial, esté eximido de la obligación que impone la ley á este último por interés de una comunidad de habitantes. Si este inte-

1 Sentencia de casación, de 5 de Julio de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280), y Agen. 31 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 101). Compárese, Dijón, 9 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).



rés se ha reconocido bastante considerable para hacer cesar el derecho del propietario del manantial, con mayor razón debe limitar el simple derecho de uso de los ribereños. ¿Es concebible, dice el consejero relator, que el interés de la comuna que prevalece sobre el derecho del propietario no prevalega sobre otro derecho menor, el de los ribereños (1).

Planteada en estos términos, la cuestión nos parece muy dudosa. No se razona con argumentos *a fortiori* en materia de servidumbre, en donde todo es de derecho estricto. Es el principio, tal como la corte de casación lo ha formulado. Mesnard, el consejero relator, previó la objeción, pero para contestar á ella se vió obligado á desviarse del principio. "Las disposiciones del art. 643, dice él, no deben entenderse en un sentido demasiado estrecho, y no debe restringirse la aplicación al único caso en que el interés de los habitantes de una comuna se halle en conflicto con el interés particular del propietario en cuyo predio nace el manantial." La respuesta á esta argumentación es muy sencilla. La ley es la que restringe el derecho de la comuna, no dándole una servidumbre, sino en el predio en donde nace el manantial. La cuestión, tal como la corte de casación la ha planteado, consiste, pues, en saber si la servidumbre que grava el predio en donde nace el manantial puede extenderse á los predios por los cuales corre el manantial convertido en agua corriente. Extender una servidumbre es criarla; ¿se necesita repetir, con la corte de casación, que este derecho no pertenece al intérprete?

Quizá se podría justificar la decisión de la corte de casación planteando la cuestión en otros términos. Los ribereños por cuyos predios pasa el manantial, cuando

1 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 57). En el mismo sentido, Nancy, 29 de Abril de 1842 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 186).

se ha vuelto agua corriente, no tienen derecho absoluto en esas aguas; lejos de eso, su goce es precario, en tanto que no tienen ni título ni prescripción; respecto á ellos, el propietario del manantial permanece libre para desviar la corriente y hasta para absorber toda el agua. Mientras que la comuna tiene un derecho que puede compararse al que resultaría de un título. Su derecho es real, puesto que es una servidumbre; en virtud de este derecho, la comuna debe tener la preeminencia sobre todos los ribereños que no tienen ningún derecho. Claro es, que los ribereños no podrían oponer su derecho al propietario del manantial; ellos tampoco pueden oponerlo á la comuna, que tiene un derecho contra el propietario del manantial. Teniendo un derecho en las aguas, ella debe poder oponerlo á todos los que no lo tienen, y los ribereños no lo tienen. Esto es decisivo en favor de la comuna. En este orden de ideas, la comuna no reclama una servidumbre en los predios de los ribereños, sino que aparta á los ribereños como desprovistos de derecho.

220. ¿La comuna puede oponer su derecho al propietario del predio en donde se hayan las venas alimentadoras del manantial? Se comprende el interés de la cuestión. El propietario puede hacer en su predio las excavaciones que guste, para buscar un manantial ó con otro fin cualquiera; con esto corta las venas del manantial que alimenta á la comuna. ¿Tiene ese derecho? La afirmativa no es dudosa. En efecto, la comuna no tiene derecho en las aguas sino en virtud del art. 643, y éste limita únicamente la propiedad del que tiene un manantial en su predio, prohibiéndole que cambie su curso. La ley no limita el derecho de propiedad de los propietarios superiores; luego su derecho queda íntegro. Proudhon, olvidando otra vez su principio, enseña que el propietario del predio en donde se hallan las venas alimentadoras de un manantial necesario á



los habitantes de una comuna, no tiene el derecho de interceptar las aguas: la ley, dice él, estaría en contradicción consigo misma si autorizara al propietario superior á privar á la comuna del uso de las aguas que debe exigir (1). Sin duda que la ley habría podido llevar más lejos su previsión, pero no lo ha hecho, y no corresponde al intérprete colmar el vacío creando una nueva servidumbre. Porque la servidumbre sería realmente distinta de la que el código ha consagrado: ésta se halla establecida en el predio en donde nace el manantial y prohíbe al propietario que desvíe su curso; la que Proudhon admite, gravaría todas las heredades vecinas al prohibir á los propietarios emprender excavaciones. Esto equivaldría á aplicar á la servidumbre del art. 643, lo que el legislador francés ha hecho para la protección de las aguas termales. Es evidente que para esto se necesitaría una ley. La corte de casación así lo ha fallado: la sentencia dice que no se puede arbitrariamente extender la disposición del art. 643 á un caso que ésta no ha previsto (2). Incontestable es el principio, pero ¿no lo ha olvidado á veces la corte de casación como acontece á Proudhon? Acabamos de hacerlo constar, y si lo hemos hecho es únicamente para llamar la atención de nuestros jóvenes lectores sobre los principios. Esto será la justificación de nuestros trabajos si logramos realizar nuestro plan.

*c). Derecho del propietario del manantial.*

221. El art. 643 dice que el propietario del manantial puede reclamar una indemnización, que fijarán unos peritos.

1 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1547. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 3º, p. 112, nota 34, y las autoridades que ellos citan.

2 Sentencias de 29 de Noviembre de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 183, 1º), y de 26 de Julio de 1836 (Daloz, *acción posesoria*, número 759)

Cuando se trata de expropiación, la indemnización es de derecho común; pero la ley, en general, no concede una indemnización para las servidumbres llamadas naturales ó legales. ¿Por qué el código quiere que el propietario del manantial sea indemnizado? Es porque hay aquí una especie de expropiación por causa de utilidad pública. El dueño del predio permanece, en verdad, propietario, pero ya no tiene el derecho de retener las aguas, ni por lo tanto, el de usarlas á discreción; y estando privado de una parte de su propiedad, justo es que reciba una indemnización. Según el derecho común, la indemnización debe pagarse antes de que se consuma la expropiación. En el caso previsto por el art. 643, la ley comienza por limitar el derecho del propietario, y en seguida agrega que él podía reclamar una indemnización; y es que en este caso hay más que utilidad, hay necesidad; las necesidades de la comuna deben satisfacerse desde el momento que existen, porque no toleran ninguna demora, siendo el agua un elemento de vida tan indispensable como el aire.

¿Cuál es la base de la indemnización? Hay que aplicar el principio de derecho común. Se quita al propietario una parte de su propiedad; debe indemnizarse por esa pérdida. Así es, que no se toma en consideración la ventaja que el agua procura á la comuna; puede ser la ventaja inapreciable. En materia de expropiación se estima el valor venal de la cosa. Los peritos harán lo mismo en el caso del art. 643; ellos astimarán lo que vale el derecho ilimitado de usar del agua del manantial, y lo que valga menos el predio, cuando el derecho del propietario queda limitado (1).

222. El art. 643 dice que no se deberá la indemnización sino cuando los habitantes no han *adquirido ó prescrito* el

1 Demolombe, t. 11, p. 121, núm. 97. Aubry y Rau, t. 3º, p. 42, número 37.



uso del agua. Por la palabra *adquirido*, la ley da á entender el *título* que con la *prescripción* forman el derecho común en esta materia. Si existe un título, éste arreglará las condiciones bajo las cuales el propietario del manantial ha renunciado á su derecho absoluto de propiedad. Si hay prescripción, ya la indemnización no puede ser cuestionable, porque la prescripción implica el consentimiento del propietario del manantial en que los habitantes disfruten del agua. ¿Qué cosa es, pues, la *prescripción del uso del agua* de que habla el art. 643? Ajustándose al texto, se trataría de una prescripción adquisitiva; pero si se entiende la ley de esta manera, es ó inútil ó está en oposición con el principio mismo en que ella se basa. Inútil es, en este sentido, que la palabra *adquirido* implica ya la prescripción, porque se adquiere por prescripción tanto como por título, según el art. 641 que se sirve de la misma palabra *adquirido*. Contradictoria: si la "prescripción del uso de la agua" es una prescripción adquisitiva, resultará de ello que la comuna deberá adquirir el derecho al agua por una larga posesión, mientras que el art. 643 dice que "el propietario del manantial no puede cambiar su curso cuando abastece á los habitantes de una comuna del agua que necesitan;" la ley es, pues, la que establece esta servidumbre en provecho de los habitantes, y únicamente después de haberla establecido es cuando agrega que el propietario puede reclamar una indemnización. Si la servidumbre es legal, es contradictorio exigir que los habitantes adquieran el uso del agua por una prolongada posesión. La servidumbre existe de pleno derecho. Queda por pagar la indemnización que el propietario del manantial puede reclamar. Este es un crédito ordinario que prescribe por el lapso ordinario de treinta años. Venimos á parar en esta conclusión, que la prescripción de que habla el art. 643 es una prescripción liberatoria, extintiva. ¿A contar desde

qué momento empieza á correr? A contar desde el instante en que la comuna usa ó declara que quiere usar de la servidumbre que la ley establece en su favor, el derecho á la indemnización existe, el propietario del manantial puede reclamarla, y por consiguiente, la comuna la puede prescribir.

Tal es la opinión casi general. Hay alguna duda, porque el texto de la ley es formal, y exige una prescripción adquisitiva. Por esto es que ha habido intérpretes que han tomado el texto al pie de la letra, y que han tratado de conciliar el final del art. 643, que habla de una prescripción á efecto de adquirir el uso del manantial, con el principio, que otorga de pleno derecho el uso de las aguas á los habitantes de la comuna cuando las necesitan. Se niega que la comuna tenga el derecho de emplear el agua del manantial, por el hecho solo y desde el instante en que las aguas le son necesarias. La ley, se dice, no atribuye á los habitantes más que el derecho de adquirir el uso de las aguas por medio de una expropiación que se les permite que impongan al propietario del manantial. Síguese de esto que la expropiación, y por lo tanto, el derecho á las aguas, no existe sino á contar desde el momento en que los habitantes han declarado al propietario del manantial la intención de aprovecharse del beneficio de la ley. Mas si no hacen ninguna notificación al propietario del manantial, si de hecho emplean el agua, no hay expropiación, y por lo tanto, no hay derecho á las aguas. En este caso, no adquirirán derecho sino cuando ejecuten ciertas obras aparentes con intención de apropiarse el uso del agua del manantial y lo adquirirán sin indemnización. Así, pues, el pensamiento de la ley es el siguiente: los habitantes de una comuna pueden adquirir el derecho á las aguas por título ó por prescripción según el derecho común; pueden



también adquirirlo por expropiación pagando una indemnización (1).

La explicación nos parece poco satisfactoria. Ella desconoce el carácter de la servidumbre establecida por el art. 643. Esta es una servidumbre de utilidad pública que tiene su principio y su justificación en la necesidad. Existe de derecho pleno, y sin ninguna notificación; todo lo que se dice de una declaración de voluntad y de una expropiación es de pura invención, porque la ley no conoce ni la palabra ni la cosa. Y nada más natural. Hay necesidades urgentes que satisfacer, luego es preciso que el derecho nazca desde el momento mismo en que nacen las necesidades. Así es que la interpretación que estamos combatiendo introduce en la ley una idea que le es extraña. Y en definitiva, la explicación nada explica; la única dificultad que presenta el art. 643 es una dificultad de texto, y ésta subsiste. En efecto, al final del artículo se habla de una prescripción adquisitiva. Se pregunta que para qué. ¿Acaso no es el derecho común en virtud del art. 641? ¿y por qué repetir en el 646 lo que ya se encuentra en los precedentes? A propósito de la indemnización, la ley habla de la prescripción. Y el derecho de indemnización prescribe por prescripción extintiva y no por prescripción adquisitiva. En el título de las *Servidumbres* hay una disposición enteramente análoga. El propietario de un predio enclavado tiene una servidumbre de paso, con cargo de pagar una indemnización; hé aquí una servidumbre legal, que existe de derecho pleno, aun á pesar del propietario del predio en el cual se ejerce. Pero éste tiene derecho á una indemnización, la cual es prescriptible, dice el artícu-

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, ps. 757 y siguientes, según Valette. Compárese, Proudhon, t. 4º, núm. 1388. En sentido contrario todos los autores citados en Aubry y Rau, t. 3º, p. 43, nota 39. Hay en favor de la opinión de Proudhon un fallo del tribunal de Grasse, de 24 de Enero de 1844 (Daloz, 1846, 2, 223).

lo 685. ¿Para esta prescripción se necesita una posesión de la servidumbre? ¿Se trata de una prescripción adquisitiva? Nó, el código dice formalmente que la "acción de indemnización" es la prescriptible. Luego la prescripción es extintiva. ¿Por qué había de ser adquisitiva en un caso idéntico, el del art. 643? Allí donde hay idénticas razones para decidir, debe recaer la misma decisión.

*Núm. 2. De las aguas pluviales.*

223. El código civil no habla de las aguas pluviales, salvo para decir que el propietario debe establecer sus techos de modo que las aguas pluviales se derramen en su terreno ó en la vía pública. Este vacío ha dado margen á grandes dificultades. Dice una sentencia de la corte de Lieja, que no conteniendo el código ninguna disposición sobre el curso de las aguas pluviales, deben consultarse las leyes y la jurisprudencia antiguas, y notablemente el derecho romano (1). Ya veremos que el derecho antiguo no ha impedido interminables controversias.

Hay un principio acerca del cual todos están de acuerdo, y es que las aguas pluviales pertenecen al primero que las ocupa. Claro es que en el momento en que caen del cielo no son de nadie, son un elemento de la naturaleza que se confunde con el aire y las nubes; pero desde el instante en que ya cayeron, se vuelven objeto de una expropiación. Las aguas pluviales que se hallan en mi predio me pertenecen ciertamente; queda por saber con qué título. Se dice que por derecho de ocupación (2). Nos parece que más justo sería decir que las aguas pertenecen al propietario del terreno en el cual caen, por derecho de acce-

1 Lieja, 31 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 45).

2 Proudhon, *Del dominio público*, t. 4º, núm. 1299. Compárense las sentencias de Caen, de 26 de Febrero de 1844 (Daloz, 1845, 4, 490), y de Dijon, de 17 de Junio de 1864 (Daloz, 1865, 2, 97).