

den también hacer una concesión en provecho de persona que no sea ribereña? Esto es dudoso, aun en la opinión que les reconoce la propiedad de las corrientes de agua. Esta propiedad no es ilimitada, sino que es una cosa común á varias personas, y la cual, por propia naturaleza, sólo á los ribereños puede pertenecer. El texto se halla concebido en este sentido; no da el derecho del agua sino á aquéllos cuya propiedad está ceñida ó atravesada por ella. Lo mismo es respecto del espíritu de la ley: el ribereño es el que está expuesto al daño que las aguas ocasionen; luego él sólo debe aprovechar las ventajas que ellas mismas procuran. En vano se dice que cada uno puede renunciar á los derechos que le da la ley; cuando un derecho es inherente á la calidad de ribereño, este derecho no puede cederse á los que no son ribereños. La calidad de ribereño no se traslada por vía de convención á los que nada poseen en la ribera, luego los derechos inherentes á la calidad de ribereño son igualmente incedibles á otras personas que no sean los ribereños

Así lo hemos resuelto en el caso en que un ribereño quiere servirse del agua para una de sus heredades que no es ribereña y que no es contigua á un predio ribereño. Con mayor razón debe ser así cuando se trata de ceder el uso del agua á persona que no sea ribereña. Se objeta que el caso es diferente. El que, además, de su predio ribereño, necesita regar una heredad no ribereña, necesita de un volumen de agua más considerable, y por consiguiente perjudica á los demás ribereños; mientras que poco importa á éstos que el propietario superior utilice él mismo el agua á que tiene derecho, ó que ceda su uso á terceros. Si el derecho al agua fuese un derecho absoluto, eso sería cierto. Pero los ribereños no tienen, en la opinión que les es más favorable, más que una propiedad limitada; ellos disfrutan del agua á título de ribereños. Luego el goce del

agua es inherente á esta calidad; es decir, que no puede pertenecer á aquéllos cuyas propiedades no están ceñidas ó atravesadas por el río. Concediendo el uso del agua á los que no son ribereños, se llama á disfrutar de una propiedad común á aquéllos que ningún derecho tienen á ella, y con esto se lastiman los derechos de los que no son copropietarios. Se necesitaría el consentimiento de todos los interesados para que semejante concesión fuese valedera.

Se objetan, además, las leyes nuevas sobre irrigación. Más adelante diremos cuál es el objeto de tales leyes, que no pueden invocarse para interpretar el código civil, porque no es ese su objeto. Ellas suponen que el propietario tiene un derecho al agua, y facilitan á éste los medios de usar de su derecho. ¿Quién tiene un derecho al agua? No son las leyes nuevas las que deciden la cuestión, sino el código civil. Luego cuando se interpreta el código civil, hay que hacer abstracción de las nuevas leyes (1).

e) *De las convenciones entre los ribereños.*

300. Los ribereños pueden disponer entre sí del uso del agua como se les ocurra. ¿Cuál será el efecto de tales convenciones? Hay que ver cuál es su objeto. El ribereño puede ceder á otro ribereño todo el derecho que tenga en el agua; el concesionario adquirirá, en este caso, el uso exclusivo del agua, respecto del cedente. Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de casación. Un predio atravesado por un arroyo fué comprado por un propietario vecino en un precio tan elevado, que era evidente que el objeto de la venta había sido, no algunos metros de terreno, sino el agua corriente de que el comprador necesi-

1 Los autores están divididos. Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, t. 3º, p. 15, nota 7; Demolombe, t. 11, p. 182, num. 151, y Dalloz, *Servidumbre*, núm. 206.

taba para regar sus propiedades. Se falló que como el vendedor no había puesto ninguna reserva á su concesión, no habiendo precisado el volumen de agua por él enagenado, el comprador había adquirido el derecho de disponer del agua de una manera absoluta; de suerte que el vendedor, que también era ribereño inferior, ya no podía invocar el art. 644.

La sentencia de la corte de apelación va más lejos. Resuelve que el vendedor salía garante de la reivindicación que los demás ribereños podrían ejercer, en virtud del artículo 644, en el sentido de que estaría obligado á las indemnizaciones que el concesionario debería pagarles. Este último punto es muy dudoso; la corte de casación no lo ha recordado en su sentencia (1). En principio, el ribereño no puede disponer más que de su co-propiedad, y no tiene derecho para disponer de la propiedad de los otros ribereños; luego éstos pueden, después como antes de la venta, ejercer su derecho de ribereño, y si lo ejercen, el concesionario no tiene ninguna acción en garantía contra el vendedor. Sin duda que éste podría prometer que los demás ribereños no perturbaran el goce del concesionario; en este caso, si los ribereños no tenían en cuenta esta promesa, el vendedor debería pagar una indemnización al concesionario; luego al comprador, y no á los ribereños, como lo supone la corte de Nancy será á los que se deba la indemnización. En cuanto á los ribereños, sus derechos permanecen intactos; y no estando lesionados, ellos no pueden reclamar indemnización. Queda por saber en qué caso el ribereño que cede el uso del agua saldrá garante, en el sentido que acabamos de explicar. Para esto se necesitaría una causa expresa, porque es la promesa de ac-

1 Sentencia de Nancy, de 3 de Diciembre de 1831, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 2 de Febrero de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 225).

tos de otro, con la cláusula de que el que promete saldrá garante, arts. 1119 y 1120. Todo esto evidentemente que no puede presumirse.

301. El ribereño puede también limitarse á restringir los derechos que él tiene en virtud del art. 644. Así es, que el ribereño inferior tiene el derecho de exigir que el ribereño superior cuya heredad es atravesada por el agua, devuelva ésta á su curso ordinario, á la salida de sus predios; él puede renunciar á esta facultad. Si la renuncia es una abdicación completa de sus derechos, entra en la primera hipótesis; si es una simple restricción, en este caso, habrá servidumbre; el ribereño superior adquirirá el derecho de derivar el agua, lo que ya constituye una disminución de propiedad para el propietario inferior, y el derecho de imprimir al agua una corriente artificial, lo que igualmente constituye una carga para el predio inferior puesto que quedará obligado á recibir el agua, sin que baje naturalmente del fundo superior.

El ribereño tiene el derecho de servirse del agua á su paso, ó de usarla cuando atraviesa su predio, y puede ceder en parte ese derecho. Esta también es una restricción á su derecho de propiedad, y por lo tanto, una servidumbre. En nuestra opinión, acerca de la propiedad del agua no navegable, esto no es dudoso: el ribereño es propietario del lecho y de las aguas que lo suben, y al restringir su derecho de propiedad, grava su predio con una servidumbre. La jurisprudencia admite el mismo principio, aun cuando no reconozca á los ribereños la propiedad de las aguas corrientes. Esto puede justificarse. Ellos son propietarios de los predios ribereños; el uso del agua es una de las ventajas inherentes á esa propiedad; restringir ese uso, es desprender de la propiedad ribereña uno de sus atributos, luego es gravarla con una servidumbre.

302. Las numerosas sentencias dadas en esta materia

prueban que no escasean las dificultades. Sin embargo, el principio es sencillo é incontestable. Aquí se trata de las servidumbres convencionales. Luego las reglas que rigen los efectos de esta servidumbre deben recibir su aplicación. La primera regla que la ley establece es que el propietario del predio al que se debe una servidumbre tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usar aquélla y para conservarla (art. 697). Por aplicación de este principio, se ha fallado que el derecho de derivar el agua de un río para las necesidades de una fábrica ó la irrigación de un predio, por medio de un dique, implica el derecho de construir este dique con las condiciones las más eficaces. En el caso de que se trata, existía un antiguo dique de madera, por cuya hendidura se escapaba una buena cantidad de agua. El propietario de la fábrica lo reemplazó por un dique de mampostería. De aquí, querrela del ribereño inferior que pretendió que las hendiduras se habían practicado intencionalmente para facilitar el regadío de las praderas inferiores. Si se hubiese probado el hecho, habría habido agravación de servidumbre á causa de la nueva construcción; pero la averiguación dió un mentís á tales pretensiones. Por lo mismo se volvía al derecho común, y la aplicación del art. 697 ya no era dudosa (1).

303. En el mismo orden de ideas, el art. 696 decide que al que establece una servidumbre se le considera como que ha concedido todo lo necesario para usar aquélla. Así, pues, dice el código, la servidumbre de sacar agua de la fuente agena implica necesariamente el derecho de paso. La corte de Colmar falló que la transmisión del agua, adquirida á título de servidumbre por el propietario de un molino, le daba un derecho de limpiar el canal, y por consiguiente,

1 Grenoble, 15 de Julio de 1867, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 17 de Junio de 1868 (Daloz, 1869, 1, 12).

de depositar momentaneamente en la orilla la tierra proveniente de la limpia. En el caso al debate, ese derecho no se había ejercitado por mucho tiempo, porque la limpia no era necesaria. ¿Se podía sostener que el propietario dominante la había perdido por la falta de uso? Nó, porque él había conservado la servidumbre, y por consiguiente, el derecho de limpia que es inseparable de aquélla. La sentencia admite, no obstante, una restricción á ese derecho, y es que el propietario del fundo sirviente puede pedir que el tribunal fije las épocas de la limpia y normalice su ejercicio (1). Esta decisión está fundada en el espíritu de nuestra legislación. Se ve por el art. 701 que los autores del código han querido conciliar los intereses opuestos del propietario dominante y del propietario sirviente. Este poder de conciliación pertenece al juez, en todos casos en que las convenciones de las partes no han arreglado los derechos de éstos, así como sus obligaciones.

La corte de Riom ha hecho una aplicación muy juiciosa de estos principios en un caso en que el propietario del predio dominante reclamaba la servidumbre de paso por el predio sometido, como medio de asegurarse si el volumen de agua á que tenía derecho, se había transmitido realmente. Se ha fallado, en principio, que la concesión de una toma de agua implica el derecho de vigilancia en su corriente, á fin de oponerse á todo cambio que restringiese su goce. Como el derecho de vigilancia no puede ejercerse sino pasando por el predio sirviente, debe concluirse que el propietario dominante tiene dentro de estos límites, el derecho de paso. Pero este derecho no es un accesorio necesario de la servidumbre principal, como lo es, según el art. 696, para la servidumbre de toma de agua. Aquí también hay materia á conciliación. Si el propietario superior da al inferior un medio de comprobar de una

1 Colmar, 25 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 174).

manera patente que se le ha transmitido toda el agua á que tiene derecho, ya no hay razón para reclamar el paso, que á toda hora es tan incómodo y tan oneroso para los fundos sirvientes. Ahora bien, en el caso á debate, el propietario superior ofrecía construir y conservar en buen estado, á su costa, un canal para conducir el agua hasta el fundo dominante; ofrecía, además, al propietario de este fundo un sendero para llegar á la émbocadura del canal, lo que le permitía vigilar en todo instante las dos extremidades del canal, y comprobar, por consiguiente, si el canal recibía y volvía toda el agua á la que tenía derecho (1).

Hay una sentencia de la corte de casación que á primera vista parece estar en oposición con las decisiones que acabamos de examinar. Un canal servía para conducir el agua derivada de un arroyo á tres propiedades diferentes; el canal no constituía, pues, una servidumbre de acueducto en provecho de un ribereño; todo lo que el actor reclamaba era el derecho de tomar el agua á su llegada á su fundo, y oponerse á todo cambio en su dirección y en su manera de disfrutarla. La toma de agua definida de ese modo ¿daba el derecho de paso y de limpia en el fundo del actor? Esta cuestión especial y limitada á los hechos comprobados fué la que la corte de casación resolvió negativamente. El canal de irrigación estaba afecto, bien que en proporciones diferentes, al uso de los tres fundos que atravesaba; de lo que resultaba que cada uno de los tres propietarios tenían la obligación, salvo convenio en contrario, de la limpia y conservación de la parte de canal que estaba en su dominio, salvo la obligación de no emprender nada que pudiera perjudicar á los demás. Luego si por negligencia ó por negarse á operar la limpia en su fundo, uno de ellos estorbaba ó restringiese el ejercicio del dere-

1 Riom, 24 de Enero de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 31).

cho de irrigación de los demás, éstos podían obligarlo á ejecutar los trabajos necesarios, ó á hacerse autorizar por el tribunal para ejecutarlos á expensas de aquél. El derecho de co-propiedad no va más lejos, salvo convenciones contrarias (1). Lo que establece la diferencia entre la sentencia de la corte de casación y las otras sentencias que hemos citado, es que en el caso de que se trata, había co-propiedad de un canal de irrigación, y que el derecho de limpiar y de vigilar pertenecía á cada uno de los ribereños en la parte del canal que atravesaba su propiedad; desde el momento en que uno de ellos no recibía el agua á la que tenía derecho, podía quejarse y proceder contra sus co-proprietarios.

304. Según el art. 702, el que tiene un derecho de servidumbre no puede hacer ni en el fundo que debe la servidumbre, ni en el fundo al que se debe, cambio ninguno que agrave la condición del primero. Se pregunta si por aplicación de esta regla, el propietario de un predio gravado con una servidumbre de acueducto puede mezclarse en el uso que el propietario del predio dominante hace del agua. Esta es una cuestión de hecho: si el uso agrava la servidumbre, el propietario que la debe puede reclamar; si no la agrava, no hay lugar á reclamación. Se ha fallado que el propietario del predio que debía la servidumbre de acueducto no podía mezclarse en el uso del agua después de salida de su propiedad, porque no tenía ningún interés. En efecto, en el caso de que se trataba, no se alegaba que el propietario á quien se debía la servidumbre la hubiese agravado tomando una cantidad de agua mayor que aquella á que tenía derecho, ó haciendo construcciones que no fuesen necesarias para el ejercicio de la servidumbre;

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 240).

ahora bien, sin interés no hay acción (1). En cambio, se ha fallado que el que tiene una toma de agua para la irrigación de un predio no puede servirse del agua para el movimiento de una fábrica, porque esto agravaría la servidumbre. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación fundada en que la cuestión era de hecho, y la apreciación de la corte de apelación era soberana (2).

305. ¿La servidumbre concedida por un ribereño le impide que use del agua, y por consiguiente, que tenga nuevas concesiones? En principio, hay que contestar negativamente, en el sentido de que la servidumbre no es una obligación de la propiedad, sino simplemente una restricción de su ejercicio; luego el propietario conserva el derecho de disfrutar y de conceder las nuevas servidumbres, con la condición, como se deja entender, de no atentar de ninguna manera á los derechos que otorga la primera concesión. Esto no da lugar á dudas (3).

*f). De la prescripción.*

306. ¿El derecho de los ribereños puede modificarse por la prescripción? En principio, la afirmativa no es dudosa. Los derechos que pueden normarse ó modificarse por medio de convenciones, están por esto mismo sujetos á la prescripción; ésta implica las más de las veces una convención preexistente. Podría objetarse la máxima según la cual el agua corriente siendo común á todos los ribereños, está por esto mismo colocada fuera del comercio, y es por lo mismo, inalienable é imprescriptible (núm. 269). La máxima es verdadera, pero únicamente en el sentido

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 294).

2 Grenoble, 28 de Agosto de 1856, y sentencia de denegada apelación, de 5 de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 297).

3 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 416).

de que el agua corriente se escapa á una apropiación exclusiva; lo que no impide que los ribereños tengan en ella derechos que se han comparado á la propiedad, derechos que en todo caso se hallan en el comercio, puesto que son objeto de convenciones, luego pueden prescribir.

Sin embargo, en muchas sentencias se lee que el derecho sobre el agua es imprescriptible; preciso es que veamos en qué concepto es esto cierto. Existen derechos que no se pierden por la prescripción, y que se llaman de pura facultad, porque es una facultad natural ó legal ejercerlos, y usarlos de esta ó de la otra manera. Luego no usar de estos derechos, de ninguna manera implica la voluntad de abdicarlos, de renunciarlos; así como tampoco puede iniciarse el uso contra aquél á quien no ha parecido bien hacer de ellos un uso diferente. Ahora bien, allí en donde no puede suponerse ninguna voluntad de renunciar á un derecho, no puede tratarse de la extinción de este derecho por la falta de uso ó la prescripción; ¿cómo podía haber perdido su derecho no usándolo, cuando tenía la facultad de no usar? De suerte que podría decirse que al no ejercer su derecho, ha hecho uso de él (1). Tal es el derecho de los ribereños en el agua que ciñe ó atraviesa sus predios. Ellos no han usado desde tiempo inmemorial; ¿por esto han perdido su derecho? Nó; si ellos no han usado es porque no lo necesitaban; presentándose la necesidad, su derecho se abre; jamás han renunciado á él, su inacción no implica ninguna renuncia, supuesto que su misma inacción era un derecho. Poco importa que, por un tiempo inmemorial, otro ribereño haya usado el agua exclusivamente; él no ha podido adquirir por esa larga posesión un derecho exclusivo en el agua, porque su posesión no implica ninguna contradic-

1 Dumoulin, sobre el art. 1º de la "Costumbre de París," glosa 4, núm. 5. Demolombe, t. 11, p. 219, núm. 177. Aubry y Rau, t. 3º, página 52 y nota 34.

ción al derecho del otro ribereño, ninguna renuncia por parte de éste; él es un co-propietario que usa solo de una cosa común; la cosa no por eso deja de ser común, y el derecho de hacer uso de ella subsiste en provecho de aquél que todavía no se ha servido de ella, pero que puede servirse de un momento á otro.

Esta doctrina está consagrada por la jurisprudencia; vamos á limitarnos á citar una sentencia de la corte de casación que la formula con toda claridad. "Los derechos, dice la corte, que la ley concedé á los ribereños relativamente al uso del agua corriente, constituyen facultades que no podrían perecer por el no-uso, por prolongado que se le suponga" (1).

En la aplicación, se complica algunas veces la cuestión por las circunstancias particulares de la causa. Ordinariamente el debate se empeña entre un propietario que quiere servirse de la agua para la irrigación de sus predios y un dueño de fábrica que se ha apoderado del agua durante la inacción de los ribereños, y que pretende mantener ese goce exclusivo. En un negocio que se presentó ante la corte de Grenoble, el dueño de la fábrica reivindicaba la propiedad del canal como hecho por mano del hombre, lo que excluía á los ribereños del uso del agua. Después de hecha la averiguación y la vista de ojos, el juez de primera instancia resolvió que el canal no había sido construido por mano del hombre, y que, en consecuencia, había lugar á aplicar el art. 644 en provecho de los otros ribereños. La corte de apelación no participó por completo de esta convicción; érase, á lo que parece, uno de esos ríos cuyos antiguos señores habían modificado la corriente, sin duda por interés de un molino, porque atravesando

1 Sentencia de denegada apelación, de 11 de Mayo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 418). Compárese, Bourges, 8 de Enero de 1836 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 252, 2º). Lyon, 15 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1856, 2, 158); Limoges, 25 de Julio de 1860 (Daloz 1860, 2, 99).

varias tierras había servido para los usos de los ribereños; sábese que la jurisprudencia los asimila á las corrientes de agua naturales (núm. 267); lo que era decisivo en favor de los ribereños. El dueño de la fábrica suscita una nueva dificultad; reclamó el uso exclusivo del agua, como co-interesado de los antiguos propietarios pero no justificaba dicha pretensión. De suerte que, en definitiva, permanecía bajo el imperio del art. 644, lo que daba el triunfo á los ribereños (1).

307. La aplicación del principio de la imprescriptibilidad de la acción posesoria que corresponde á los ribereños da lugar á una dificultad más seria. Nosotros hemos dicho que el goce que los ribereños ejercen en virtud del art. 644 está protegido por una acción posesoria. La jurisprudencia se funda en que la posesión única del ribereño tiene una base legal; por lo mismo, implica un derecho y la ley que concede este derecho debe también mantener su goce. ¿Pero la acción posesoria pertenece igualmente al ribereño que de hecho se ha apoderado del uso exclusivo del agua, cuando, saliendo de su inacción los otros ribereños ejercen los derechos que les otorga el artículo 644? Ya no se puede decir que el goce del ribereño que de hecho ha usado sólo del agua sea un goce legal, porque la ley no le da el goce exclusivo de una cosa común, es al contrario, una posesión precaria supuesto que de un día á otro el ribereño que no ha usado del agua puede servirse de ella, en consecuencia, no hay lugar á la acción posesoria. Esto también se funda en la razón. No puede decirse que el ribereño que saliendo de su larga inacción se sirve del agua, perturbe la posesión exclusiva de su co-ribereño; no hay perturbación cuando se ejercita un derecho (2).

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Daloz, 1845, 2, 162).

2 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Febrero de 1858