

308. Hay que cuidarse de inferir que los derechos de pura facultad no perciben, que los derechos de los ribereños en el agua no pueden extenderse ó restringirse por la prescripción. Un ribereño puede ceder sus derechos en todo ó en parte á un ribereño; luego estos derechos están en el comercio, y por consiguiente, pueden ser objeto de la prescripción. No se rebate el principio, pero la dificultad consiste en saber con qué condición un ribereño puede prescribir el derecho sobre las aguas. Se necesita que haya una contradicción al derecho que el ribereño debe á la ley y del que en rigor puede no usar; la contradicción debe ser de tal naturaleza, que el derecho de pura facultad esté trastrocado y cambiado en servidumbre. Síguese de aquí que el ribereño que quiere adquirir el derecho de servirse exclusivamente del agua, debe manifestar esa voluntad por un acto que ponga al co-ribereño en plazo para mantener su derecho, si es que no quiere renunciarlo. Si éste, en lugar de reivindicar el derecho que le pertenece en virtud de la ley, no promueve, si guarda silencio, cuando debiera rechazar las pretensiones de su co-ribereño como una usurpación, hay que creer que renuncia á su derecho; por lo mismo, la prescripción se hace posible (1).

La regla es cierta, pero queda por averiguar en qué casos y con qué condiciones hay contradicción al derecho de pura facultad y trastrocamiento de ese derecho. Trátase de restringir un derecho, luego del establecimiento de una servidumbre. Para que una servidumbre pueda adquirirse por prescripción, se necesita que sea continua y aparente, que, además, la posesión tenga los caracteres exigidos por la

(Daloz, 1858, 1, 297). La jurisprudencia y la doctrina concerniente á las acciones posesorias en materia de corrientes de agua están resumidas en una nota de Daloz, *ibid.*, p. 297.

1 Demolombe, t. 11, p. 221, núm. 178. Aubry y Rau, t. 3º, p. 52 y nota 34.

ley y que dure treinta años. En cuanto á las condiciones que se requieren para que una servidumbre pueda establecerse por la prescripción no hay duda alguna; sólo las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la posesión. En el caso en cuestión, la servidumbre es continua y aparente, supuesto que la toma de agua se ejerce sin actos del hombre, y suponemos que se anuncia por medio de obras exteriores (1). Se objeta que no se trata de una prescripción adquisitiva á favor del ribereño que tiene el goce exclusivo del agua, sino que se trata para el ribereño de perder un derecho por el no-uso y por la contradicción que le opone su co-ribereño. Así es como autores excelentes entienden la prescripción en materia de corrientes de agua (2). A nosotros nos parece que no puede ser cuestión de la extinción pura y sencilla de un derecho de pura facultad; si se extingue, es porque otro ribereño adquiere el derecho que su co-ribereño pierde; y precisamente esta adquisición de un derecho exclusivo en el agua es lo que hace que se pierda el derecho que el co-ribereño debe á la ley. Así es como pasan las cosas cuando por convención un ribereño cede su derecho ó lo restringe en favor de un co-ribereño; ahora bien, la prescripción hace veces de convención, ó por mejor decir, implica una renuncia convencional. Luego la extinción del derecho del uno es la consecuencia de la adquisición que otro obtiene del derecho perteneciente al primero. Esto equivale á decir que la prescripción de que se trata es esencialmente adquisitiva. Hay, bajo este concepto, dos aguas corrientes, como dos aguas de manantial. El propietario del manantial no pierde su derecho de libre disposición del agua sino cuando

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1843 (Daloz, 1845, 2, 161). Acerca del carácter de *contigüidad*, de la servidumbre de conducción de agua, véase, sentencia de denegada apelación, de 5 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 22). Si no hay obras aparentes, no hay prescripción (Grenoble, 17 de Mayo de 1864; en Daloz, 1865, 2, 148).

2 Aubry y Rau, t. 3º, ps. 52 y siguientes, y las notas.

el propietario inferior ha adquirido un derecho ó por título ó por prescripción. Del mismo modo, los ribereños de un arroyo no pierden los derechos que les otorga la ley sino por convención ó por prescripción.

309. La prescripción es, pues, esencialmente adquisitiva. Queda por saber cuál debe ser el carácter de las obras ejecutadas por el ribereño para que adquiriera un derecho exclusivo en el agua. ¿Es suficiente que emprenda obras sea en su predio, sea en el de su vecino, y que dichas obras estén destinadas á conducir el agua á sus fundos? Se necesita, además, según el principio que hemos dejado establecido, que esos trabajos impliquen una contradicción á los derechos del ribereño contra el cual se quiere prescribir, lo que tiene lugar cuando los trabajos ponen al corribereño en la imposibilidad de emplear el agua. Así pasa cuando el ribereño superior se apodera, mediante unos diques, de un volumen de agua más considerable que aquél á que tiene derecho en virtud del art. 644; los ribereños inferiores, que no pueden servirse del agua desviada de tal manera, están por esto mismo en aptitud de repeler aquella usurpación, si es que quieren mantener su derecho (1). Poco importa en qué fundo se emprendan los trabajos; aun cuando se admitiera, cosa que nosotros no admitimos, que, en el caso del art. 642, los trabajos deben hacerse en el predio sirviente, no se podría aplicar esta disposición al uso de las aguas corrientes, porque la condición no tendría razón de ser. Lo que se necesita, en el presente caso, es que los trabajos constituyan una contradicción, y no podría haber contradicción más enérgica que la que pone al ribereño en la imposibilidad de usar de su derecho (2).

1 Sentencias de denegada apelación, de 23 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 294), de 26 de Julio de 1864 (Daloz, 1865, 1, 70), y de 11 de Mayo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 468).

2 Pau, 27 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 183). En sentido con-

Por esto mismo, ciertos trabajos ejecutados por un ribereño inferior, aun cuando fuesen en el fundo superior, no serían suficientes para adquirir un derecho en el agua con perjuicio del ribereño superior. En efecto, tales trabajos no impiden que el ribereño superior use el agua; luego no sirven más que para facilitar al ribereño inferior el uso del agua; ahora bién, el ribereño inferior puede servirse del agua durante mil años, como lo expresa un antiguo autor, sin que este uso prolongado impida que el ribereño superior use del derecho que le otorgan la ley y la naturaleza. Luego no hay contradicción contra el derecho del ribereño superior, luego no hay prescripción. ¿Quiere decir esto que el ribereño inferior no pueda prescribir el uso del agua? Ciertamente que nó. Solamente se necesita que sea exclusiva su posesión del derecho perteneciente al ribereño superior, y supuesto que los trabajos no son suficientes para eso, se necesitará además una acta judicial ó extrajudicial por la cual el ribereño declare formalmente que se opone á que el ribereño superior use el agua según el derecho que le da el art. 644. Esto se verifica ordinariamente cuando el ribereño superior pretende servirse del agua, y el ribereño inferior, perturbado en su goce exclusivo, intenta una acción posesoria invocando el derecho que tiene en el agua. Si él es mantenido en posesión, hay contradicción formal. Contenido desde ese momento, el derecho del ribereño superior queda trastocado; él ya no puede decir que si no usa del agua, es porque tiene la facultad de usar ó de no usar, porque se le niega la facultad de usar, se le veda, y él se sujeta á esta prohibición. Es decir que él ha renunciado á su derecho. Por lo menos habría renuncia ó prescripción, si él permanece treinta

trario, Limoges, 25 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 2, 99). Grenoble, 17 de Mayo de 1864 (Daloz, 1865, 2, 148).

años sin ejercer su derecho ó sin reclamarlo judicialmente.

¿Se necesita indispensablemente que el ribereño inferior se ha ya mantener en posesión por una querrela? No, y aun puede suceder que no logre hacerse mantener en posesión, teniendo ésta las apariencias de una posesión precaria. Para que tome el carácter de una posesión á título de propietario, es suficiente que por acto extrajudicial haga formal prohibición al ribereño superior de usar el agua. Si éste obedece á esta intimación, no puede ya invocar el derecho de pura facultad que debe á la ley; la prescripción comenzará á contarse en provecho del ribereño inferior. Esta doctrina se seguía ya en el antiguo derecho. Guy Coquille dice: "Las cosas que consisten en pura facultad pueden prescribir cuando ha habido prohibición de hacerlas y cuando asintiendo á esta prohibición, no se ha servido uno de la facultad durante treinta años."

¿Debe irse más lejos y admitir la prescripción en provecho del ribereño inferior por el hecho solo de que hubiese significado esa prohibición? ¿ó debe, además, justificar una posesión trentenaria que reúna las condiciones requeridas por la ley? De antemano hemos contestado á la cuestión. En nuestra opinión, la prescripción es adquisitiva, lo que es decisivo.

310. Estos principios se aplican no solamente al volumen de agua, sino también á la manera cómo los ribereños lo emplean. Durante un tiempo inmemorial, el propietario de un molino lo había hecho mover según el sistema de esclusas. ¿Puede él reemplazar este sistema reconocido como defectuoso por un sistema nuevo, poniendo en movimiento la rueda motriz por la corriente de agua dejada en libertad? Se supone que este cambio causa un perjuicio al propietario del molino inferior. Este pretende que el uso inmemorial del agua según cierto sistema constituye

una servidumbre á su favor. Esta pretensión fué desechada por la corte de Orleans, por hallarse en oposición con los principios que acabamos de formular, y que tiene su base en el texto mismo del código. El propietario de un predio atravesado por una corriente de agua puede servirse ó no servirse de ésta, porque su derecho es de pura facultad; por la misma razón, tiene la facultad de hacer éste ó el otro empleo del agua, y sólo está obligado á una cosa respecto al propietario inferior, y es devolver el agua á la salida de su predio, á su corriente ordinaria, no disminuida por un uso abusivo. El uso de un derecho de pura facultad no puede ser invocado por el ribereño inferior para basar en él una prescripción. En vano el dueño de la fábrica invocaría el poder moderador que el art. 645 da á los tribunales: este poder no llega hasta establecer una servidumbre allí en donde hay el simple ejercicio de un derecho de pura facultad. Tampoco puede sostenerse, como lo han hecho, que el uso prolongado tiene la fuerza de un reglamento, y que los tribunales deben observar los reglamentos, según los términos del art. 645. Un reglamento supone una autoridad pública que lo ha promulgado por un interés general; mientras que, en el caso de que se trata, hay simplemente una manera de usar el agua (1).

311. ¿Un establecimiento no autorizado puede invocar la prescripción? La acción de la autoridad pública nada tiene de común con los derechos de los particulares; ella interviene por un interés general y no por interés de aquél contra el cual corre la prescripción. Este no necesita de esa intervención para resguardar su derecho; él tiene treinta años para interrumpir la prescripción; si, durante este largo espacio, guarda silencio, debe suponerse que se ha

1 Orleans, 27 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57 y la nota). Compárese, Limoges, 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99).

celebrado una convención entre él y su co-riberneño; ahora bien, los propietarios entre sí son siempre libres para arreglar sus intereses conforme á sus conveniencias. Estas convenciones ó estas prescripciones que los tribunales están llamados á proteger ningún derecho quitan á la administración, que conserva toda su libertad de acción (1). Distinta es la cuestión de saber si una posesión contraria á un reglamento administrativo puede fundar una prescripción; más adelante insistiremos en esto, al tratar del poder reglamentario.

312. En lo que acabamos de decir, hemos supuesto que el debate se establece entre ribereños. Se pregunta si un propietario no ribereño puede prevalerse de la prescripción. La doctrina y la jurisprudencia aceptan la afirmativa (2). Ni siquiera se discute la cuestión, tanto así parece evidente su solución. La opinión general admite que los no ribereños pueden adquirir por convención un derecho al agua; ahora bien, los derechos que pueden ser objeto de convenciones, caen también bajo el imperio de la prescripción. Pero si, como nosotros lo creemos, el derecho al agua sólo á los ribereños pertenece, si éstos no pueden cederlo á persona que no sea ribereña, entonces es difícil admitir la prescripción. Se necesitaría el consentimiento de todos los ribereños interesados para permitir á un no-riberneño que use el agua; luego si se invocase la prescripción, el que de ella se prevaleiese tendría que probar que él ha prescrito contra todos los ribereños. Sí, en realidad, se presumiera que todos los ribereños habían consentido en las empresas ejecutadas en una corriente de agua por persona no ribereña, la prescripción sería admisible. Fuera de este caso, poco probable, no creemos que la prescrip-

1 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Enero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 118).

2 Aubry y Rau, t. 3º, p. 54 y nota 37. Lyon, 13 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1856, 2, 284).

ción pueda dar un derecho á una persona que no sea ribereña.

313. ¿Cuáles son los efectos de la prescripción? Se ha fallado que la prescripción únicamente á quien la ha adquirido el derecho de participar del goce de la corriente de agua, pero que no priva al propietario contra el cual se invoca del derecho de servirse del agua que le pertenece en virtud del artículo 644. Esto es demasiado absoluto. Hay un antiguo proverbio que determina los efectos de la prescripción, según el carácter de la posesión "tantum proscriptum quantum possessum." Por aplicación de este principio, la corte de casación ha resuelto que el que jamás había usado del agua sino durante cuarenta y ocho horas por semana no podía pretender un derecho ilimitado de irrigación (1). En cambio, si uno de los ribereños hubiese disfrutado exclusivamente del agua poniendo al co-riberneño en la imposibilidad absoluta de usarla, evidentemente habría prescrito el goce ilimitado del agua. Porque lo que puede adquirirse por convención, puede también prescribir. Ahora bien, nada impide que un ribereño enagene completamente su derecho al agua; si este derecho puede venderse, puede también prescribir. Así es que se puede adquirir por la prescripción, sea la propiedad del agua, en el sentido del artículo 644, sea una restricción en los derechos que uno de los ribereños tiene en virtud de esa disposición, es decir, una servidumbre. Los caracteres de la posesión serán los que decidan si hay adquisición de la propiedad ó una servidumbre. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre las aguas corrientes y los manantiales. Nosotros hemos enseñado que el propietario del manantial no puede transferir su derecho de usar del agua á voluntad, porque este

1 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 495).

derecho es inherente al predio en donde brota el manantial: el propietario inferior no puede, pues, adquirir más que una servidumbre en virtud del art. 642; mientras que nada impide al ribereño que ceda á otro ribereño todo el derecho que le da el art. 644; lo que también decide la cuestión de prescripción.

III. Poder reglamentario de la autoridad administrativa.

a.) Reglamentos generales.

314. Se ha disputado á la administración el derecho de reglamentar las corrientes de agua no navegables. El artículo 644, háse dicho, da á los ribereños un derecho absoluto de usar el agua, en el sentido de que el código no subordina tal derecho á una condición cualquiera que ella sea. Pero el art. 644 no puede separarse del art. 645 que es su continuación y su complemento. Ahora bien, según los términos de esta última disposición, si surge una contienda entre los propietarios á los que puede ser útil el agua, los jueces deben observar los reglamentos locales acerca de la corriente y del uso del agua. Por otra parte, existen leyes generales, las de 20 de Agosto de 1790, 6 de Octubre de 1791 y 4 floreal, año XI, que encargan á las administraciones departamentales que aseguren el libre curso del agua, y que la dirijan hacia un fin de utilidad general. Ciertamente es que tales leyes dan á la administración el derecho de expedir reglamentos sobre las corrientes de agua no navegables tanto como sobre los ríos navegables. La única dificultad está en precisar los límites de ese poder reglamentario; y las leyes que acabamos de citar incluso el código Napoleón, son de tal manera vagas, que le es imposible al intérprete decir en qué punto se detiene la intervención de la autoridad administrativa.

Veamos un caso que se ha presentado ante la corte de

casación. Un prefecto expidió un reglamento referente al río Eura; ordenaba que se persiguiese á los que se permitieran desviar el agua á voluntad y prohibía que se hicieran sangraduras en el río sin previa autorización de la administración. Ante la corte de casación púsose en duda la legalidad de esas prevenciones. La ley de 1790, díjose, y las que posteriormente se dieron, conceden en verdad á los prefectos el derecho de tomar medidas de policía para asegurar el libre curso del agua, pero no les permiten que sujeten á una autorización previa el ejercicio de un derecho natural que el código consagra en el art. 644. El código da formalmente á aquél cuya heredad es atravesada por el agua el derecho de desviar su curso dentro de los límites de su propiedad, y ¿acaso un prefecto puede vedarles lo que la ley autoriza? El art. 644 da á los ribereños el derecho de servirse del agua para la irrigación de sus predios, y ¿acaso un prefecto puede modificar ese derecho sometiéndolo á la intervención de la administración? La corte de casación resolvió que á la administración correspondía arreglar todo lo concerniente á la policía de las aguas y al orden público (1). La decisión es tan vaga como las leyes en que se apoya. Puede, además, citarse el art. 645 del código civil, que reconoce fuerza obligatoria á los reglamentos concernientes al uso del agua, lo que parece investir á la administración de un poder ilimitado. Sería necesaria una ley que tratase los límites dentro de los cuales puede ejercerse ese poder; el intérprete debe aplicar las leyes, pero no puede corregirlas.

En Bélgica la cuestión se complica, porque nuestra Constitución reconoce á los tribunales un poder más ex-

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Mayo de 1843 (Dalloz, *Aguas*, núm. 457). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, notas 60 y 61; y fallo del tribunal de Lieja, de 6 de Agosto de 1852, confirmada por sentencia de denegada apelación, de 18 de Octubre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 201).