

to por vía de prescripción. No se prescribe contra el interés público. ¿Cómo había de haber prescripción fundada en una violación de la ley? ¿La violación de la ley se tornaría derecho si se repitiese durante treinta años, es decir, si se agravase por esta repetición misma? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reprobar semejantes empresas (1).

b). *De las concesiones.*

330. La administración interviene por vía de concesión cuando autoriza el establecimiento de una fábrica ó de trabajos hechos para la irrigación. Si ha de decirse la verdad, ella nada concede en materia de corrientes de agua no navegables, supuesto que los ribereños deben su derecho á la ley, que no hace más que consagrar el derecho que la naturaleza otorga. Si ella interviene, es para arreglar el ejercicio del derecho de los ribereños, de modo que se concilie su interés con el de los demás ribereños y con el interés general tal como lo hemos definido antes (números 314-316). Hay, pues, en las concesiones como en los reglamentos un doble carácter; se otorgan por un interés particular, y afectan también al interés general; pero á diferencia de los reglamentos, el interés particular es el que domina en ellas. En primer lugar, la administración interviene á instancia de un ribereño, mientras que el poder reglamentario obra por vía de iniciativa, como el poder legislativo. En segundo lugar, la concesión se otorga por un interés individual, ó por mejor decir, es un derecho que ejerce el ribereño y que la administración no hace más

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 54, nota 38. Sentencia de denegada apelación, de 24 de Junio de 1841 (Daloz, en la palabra *prescripción*, número 152). París, 30 de Abril de 1844 (Daloz, 1845, 2, 162); Burdeos, 8 de Mayo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 170). Sentencia de casación, de 8 de Marzo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 153).

que reglamentar; los reglamentos, al contrario, se expiden ante todo, por un interés público, por más que en su aplicación rijan intereses privados. Tal es el principio (1); vamos á ver las consecuencias que de él resultan.

331. La concesión arregla el ejercicio de un derecho preexistente, pero ninguno confiere al concesionario. Claro es que éste no puede prevalerse de la concesión como de un derecho adquirido respecto á la administración; la autoridad administrativa interviene siempre por un interés público, y jamás puede oponerse un derecho, ó por mejor decir, un interés privado al interés público; mucho menos aún se puede fundar un derecho en un acto administrativo. Las autoridades que proceden por vía de interés público, el poder ejecutivo tanto como el legislativo, pueden á toda hora enmendar lo que han hecho, abrogando sus actos ó modificándolos; no hay derecho adquirido contra el Estado. De aquí el principio de que las concesiones en materia de corrientes de agua son esencialmente revocables, y la revocación se hace, como ya lo hemos dicho, sin que el concesionario tenga derecho á una indemnización, al menos en virtud de la concesión. Si el concesionario tiene derechos preexistentes contra un co-ribereño, puede hacerlos valer judicialmente (2). Porque resulta también de la naturaleza de las concesiones que no podrían dar ni quitar un derecho.

¿Cuál es, pues, el efecto que producen las concesiones respecto á los demás ribereños? En cierto sentido, pueden oponerse á éstos, como más adelante lo diremos; un establecimiento autorizado tiene una existencia legal, puesto que se ha hecho en virtud de la ley y con autorización del poder administrativo competente; de donde se infiere que

1 Demolombe, t. 11, p. 234, núm. 193.

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 18 de Noviembre de 1842 (Daloz, en la palabra *aguas*, núm. 470, 1º).

los ribereños lesionados no pueden pedir su destrucción á los tribunales. Tampoco pueden ellos pedir una modificación de los trabajos; la administración que los ha autorizado es la única que puede modificarlos; luego es á ella á quien las partes interesadas deben dirigir sus reclamaciones. Supuesto que las concesiones no dan ni quitan derecho alguno á los demás ribereños, los derechos de todos los interesados siguen siendo, después de la concesión, lo que eran antes; ahora bien, todos los que tienen un derecho pueden hacerlo valer judicialmente. Luego esos ribereños lesionados por la concesión pueden promover ante los tribunales para hacer que sus derechos se mantengan. Pero ¿de qué manera mantendrá el juez esos derechos si no puede pronunciar la supresión de los trabajos? Un solo medio hay para esto, y es conceder daños y perjuicios al ribereño lesionado. ¿Se dirá acaso que de esto resultará un conflicto entre la autoridad judicial y la administrativa, puesto que el juez condenará á que pague una indemnización al que ha procedido con la autorización administrativa? A decir verdad, no hay conflicto. En efecto, la autorización no se concede sino salvos los derechos de terceros. Esta cláusula se inserta ordinariamente en la escritura de concesión, y aun cuando no lo estuviese, se subentiende, porque es de la esencia de la concesión. La concesión no da ningún derecho al concesionario contra los demás ribereños; éstos conservan los derechos que tenían. En definitiva, el juez decidirá la contienda conforme á la ley ó á los títulos que se traigan ante él, sin tener en cuenta la concesión; él no deshace lo que hace la administración, él conserva á cada cual su derecho, y si hay alguno vulnerado, otorgará reparaciones (1).

Queda por saber cuándo se vulnera un derecho. Los

1 Lieja, 25 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 46). Bruselas, 8 de Junio de 1856 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 315).

derechos de los ribereños se fundan, sea en la ley, sea en títulos. Hemos dicho cuáles son los derechos que el artículo 644 concede á los ribereños, y cómo pueden ser modificados por convenios ó por la prescripción. Los derechos legales ó convencionales están colocados bajo la protección de la justicia, como toda especie de derechos. En materia de corrientes de agua, hay esto de especial, y es que los ribereños teniendo todos derechos iguales, uno de ellos no puede usar de su derecho de modo que cause un perjuicio á los demás; luego desde el momento en que hay perjuicio, hay un derecho lesionado y por consiguiente, hay lugar á reparación. Además, los tribunales tienen un poder moderado, y bajo ciertos conceptos un poder reglamentario, acerca del cual hablaremos más adelante.

332. El principio de que las concesiones ningún derecho dan al concesionario no es cierto sino para los actos emanados de la autoridad administrativa desde las leyes nuevas promulgadas después de 89. Antes hemos dicho que en el antiguo régimen, la administración se confundía con la soberanía; los señores ejercían en las corrientes de agua un derecho mucho más extenso que el que en nuestros días pertenece á la administración. Casi en todas partes se les consideraba como propietarios de las corrientes de agua no navegables, y en consecuencia, podían enagenar total ó parcialmente; de donde se sigue que las concesiones daban un derecho de propiedad al concesionario. En los lugares en donde los señores no eran propietarios, ejercían un derecho de policía y de vigilancia, último resto de la soberanía feudal; en virtud de este poder, hacían igualmente concesiones que equivalían á una enagenación y transportaban al concesionario la propiedad de las aguas. Las leyes que han abolido el feudalismo no han atentado á los derechos de propiedad adquiridos bajo el régimen feudal. Así, pues, es de doctrina y de jurisprudencia que

las concesiones anteriores á 1789 han dado á los ribereños concesionarios derechos de propiedad que pueden hacer valer á toda hora contra los demás ribereños.

333. Hemos estado suponiendo que las concesiones se hacían dentro de los límites del poder que la ley concede á la administración. ¿Qué habría que resolver si excedieran de dichos límites? Si en lugar de intervenir en un interés general, deciden respecto á intereses individuales ¿el ribereño lesionado podrá pedir la anulación de ese acto ilegal? En Francia, hay un tribunal administrativo superior, el consejo de Estado, el cual conoce de los recursos ejercitados contra los actos de la administración. La jurisprudencia del consejo de Estado no admite las demandas de nulidad por la vía contenciosa; mientras que la doctrina admite, al menos en ciertos casos, la anulación de los actos administrativos, cuando son extraños al interés público (1). En Bélgica, no hay consejo de Estado. Luego no puede tratarse más que de un recurso ante los tribunales. ¿Podrían éstos anular un acto de la administración que lastimase el derecho de un ribereño? Si se tratase de un reglamento provicional, había que explicar el art. 107 de la Constitución, por cuyos términos los tribunales no pueden aplicar los reglamentos sino cuando son conformes á las leyes; si son ilegales, el juez no los anula, pero no los toma en cuenta. ¿Qué debe decidirse de los actos administrativos que no son reglamentos? La ley provincial da al rey el derecho de anular los actos emanados de las diputaciones permanentes (art. 116); ninguna ley da este poder á los tribunales. Sería contrario á la reparación y á la independencia de los poderes públicos, que el poder judicial anulara lo que el poder ejecutivo ha hecho. Luego debe decirse de las concesiones lo que la

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 55, nota 41. Demolombe, t. 11, p. 215, número 173.

Constitución dice de los reglamentos: si son ilegales, los tribunales no los tomarán en cuenta. Más adelante diremos lo que los tribunales pueden ó no pueden hacer.

334. Si un ribereño hiciese, sin la autorización administrativa, algunas obras para las cuales se requiere esta autorización, tales obras no tendrían existencia legal respecto á la autoridad administrativa; por consiguiente, tendría derecho á ordenar su supresión. Esto no es más que la consecuencia lógica de la necesidad de la autorización (1). Acerca de este punto no hay duda alguna. Pero ¿cuál será el efecto de éstos establecimientos no autorizados respecto á los demás ribereños? Más adelante veremos si ellos pueden pedir su supresión. Claro es que si una obra no autorizada les causa perjuicio, pueden pedir daños y perjuicios. ¿Por su parte, el ribereño que ha ejecutado aquellas obras puede proceder judicialmente, si se ve perturbado en su posesión? ¿Puede esta posesión fundar una prescripción? A primera vista, vese uno tentado á pronunciarse contra el ribereño que ha contravenido á la ley ejecutando trabajos sin autorización; ¿un acto ilegal puede producir efectos jurídicos en favor de su autor? Aquí es preciso recordar con qué fin la ley exige la intervención de la autoridad administrativa. Es para proteger los intereses generales; luego la administración sola, custodia de esos intereses, puede prevalerse de la inobservancia de la ley. Respecto á los demás ribereños, y bajo el punto de vista de los intereses puramente privados, el establecimiento no es ilegal desde el momento en que no lastima sus derechos; ahora bien, el único derecho que éstos tienen, es de servirse del agua, y este derecho pertenece igualmente al ribereño que ejecutó obras no autorizadas;

1 Proudhon, "Del dominio público," t. 4º, núm. 1261. Aubry y Rau, t. 3º, p. 58, nota 56, y las autoridades que citan.

si los otros ribereños pueden quejarse del perjuicio que él les causa, él por su parte puede exigir reparaciones del perjuicio que los co-ribereños le originan. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo acerca de todos estos puntos (1).

IV. Poder reglamentario de los tribunales.

a). Objeto de estos reglamentos.

335. Ya hemos transcrito el art. 645, por cuyos términos los tribunales llamados á resolver las contiendas entre los ribereños "deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto á la propiedad." Lo que implica que en materia de corrientes de agua, disfrutan de un poder moderador, que por regla general no tienen. En este sentido, el art. 645 consagra una regla especial. Esta especie de excepción se comprende. Los derechos de los ribereños no son una propiedad absoluta, si se tratara de una propiedad verdadera, tal como la define el art. 544, nada habría que conciliar, el juez debería mantener á cada cual en su derecho. No sucede lo mismo con una propiedad común, de la que tienen derecho á usar un buen número de personas y con título igual; el derecho del uno modifica necesariamente el derecho del otro. ¿Pero en qué medida? Aquí hay materia para conciliación; la agricultura, la industria, la propiedad se disputan el uso del agua; estos son intereses en apariencia opuestos, hostiles; en realidad, todos los intereses concuerdan y deben armonizarse. La misión de los tribunales es establecer esa armonía entre los ribereños. Bajo este espíritu es como deben ellos ejercer el poder reglamentario que la ley les concede.

1 Caen, 28 de Septiembre de 1824 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 255, 1º). Aubry y Rau, t. 3º, p. 59, nota 57, y las autoridades que citan.

336. El art. 645 no habla de reglamentos que los tribunales tendrían el derecho de expedir. Pero cuando los tribunales usan del poder moderador que la ley les concede, no pueden ejercerlo sino por vía reglamentaria. Si el código no pronuncia la palabra reglamento, es para no ponerse en oposición con el art. 5, según el cual se prohíbe á los jueces que pronuncien por vía de disposición reglamentaria acerca de las causas que se les someten. Así, pues, el poder reglamentario de los tribunales difiere en mucho del poder que pertenece á la administración. Esta expide reglamentos que tienen fuerza de ley general ó local, según que emanen del rey, de las provincias ó de las comunas. La administración tiene, pues, dentro de los límites de sus atribuciones, un poder legislativo, en el sentido de que procede como este poder. Ella interviene cuando lo juzga necesario ó útil, bajo el punto de vista de los intereses generales cuya dirección tiene; ella tiene la iniciativa, tanto como el poder legislativo y por la misma razón. Procediendo por interés público, sus actos tienen, por lo mismo, un efecto general; obligan á todos aquellos á quienes se extiende el poder de la autoridad que expide el reglamento, á todos los habitantes de un reino, de una provincia ó de una comuna.

Bajo todos estos conceptos la acción de los tribunales difiere de la administración. Ellos no pronuncian sobre intereses generales, sino que deciden las diferencias que se suscitan entre particulares, es decir, sobre derechos individuales. Así, pues, sus decisiones deben ser individuales, lo que implica que las partes deben hacerles conocer de su demanda; en tanto que no se lleva una acción ante ellos, no hay contienda, y por lo mismo, nada hay que decidir. El art. 645 no deroga estos principios, que son de la esencia misma del poder judicial, ni siquiera contiene la palabra reglamento; si la doctrina y la jurisprudencia les