

conflicto entre propietarios á quienes son útiles las mismas aguas, luego hay lugar á reglamento (1).

342. Un reglamento supone que todos los interesados están implicados, y que el tribunal distribuye entre ellos el volumen en proporción á sus derechos y necesidades. ¿Debe por esto inferirse que las partes entre las cuales existe una contienda deban implicar en la cuestión á todos los ribereños? La corte de Montpellier se negó á proceder á un reglamento, porque las necesidades de los ribereños á quienes no se había convocado en el debate, se ignoraban, y porque no se podía someter á los ribereños superiores á tantos reglamentos de aguas cuantos eran los ribereños interesados. A recurso de casación, recayó denegación (2). Estas decisiones están en oposición con los principios que rigen la acción de los tribunales. No se acude á ellos para que formen un reglamento, porque esa es misión de la administración. A ésta, pues, incumbe dar oídas á todos los interesados antes de decretar. En cuanto á los tribunales, ellos pronuncian decisiones entre las partes que figuran en la causa; sus reglamentos no son más que fallos, y no tienen efecto sino entre los que son partes en el litigio. A los ribereños superiores incumbe provocar que se cite á todos los interesados, si es que quieren evitar nuevas contiendas; si no lo hacen, no por esto el tribunal dejará de hacer el reglamento que se le pide. La corte de casación, en reciente sentencia, ha fallado que los tribunales no estaban obligados á traer á la causa á todos los interesados; sin duda que es conveniente hacerlo, si su presencia es necesaria; pero ellos pueden también pro-

1 Sentencia de casación de 3 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 28).

2 Montpellier, 17 de Noviembre de 1856. Sentencia de denegada apelación, de 25 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1858, 1, 86).

ceder á un reglamento de aguas por interés único de las partes que se hallan en la instancia (1).

c) *Extensión del poder reglamentario.*

343. El art. 645 da á los tribunales un poder moderador; la ley se atiene á su sabiduría, dice el tribuno Albisson, porque no en todos los casos ha podido proveer, en atención á la variedad de circunstancias (2). Esto no es decir lo bastante, porque esa variedad se encuentra en todas las materias, y sin embargo, los tribunales no ejercen regularmente un poder de conciliación. La verdadera razón por la cual los tribunales pueden reglamentar el uso del agua, es porque los derechos de los ribereños nada tienen de absoluto. Esto supone que se trata de aguas que no son susceptibles de una verdadera apropiación. El artículo 644 las define al decir que son aguas corrientes distintas de las que dependen del dominio público. Ya hemos dicho que la administración no puede reglamentar las aguas de manantial; lo mismo pasa con el poder judicial; éste nada tiene que conciliar, supuesto que el propietario del manantial puede emplear el agua á su voluntad (641). La corte de Limoges había desconocido este principio elemental, y su sentencia fué casada (3). ¿Qué debe resolverse si el propietario del predio en donde brota el manantial lo vende por porciones, asegurando á los adquirentes la facultad de servirse del agua? Hay una razón para dudar; podría decirse que se trata de aguas de manantial sobre las cuales los propietarios tienen un derecho absoluto, y que, por consiguiente, nada hay que

1 Sentencia de denegada apelación, de 18 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 255). Compárese, Aubry y Rau, t. 3º, p. 56 y nota 47.

2 Informe de Albisson, núm. 8 (Loché, t. 4º, p. 156).

3 Sentencia de casación, de 29 de Enero de 1840 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 114). En el mismo sentido, Pau, 2 de Mayo de 1857 (Daloz 1857, 2, 139).

conciliar ni que reglamentar. El motivo para decidir es que el manantial no es objeto de una propiedad privada sino por todo el tiempo que es accesorio del suelo en donde brota. Si la propiedad en donde el manantial tiene su origen se divide, las aguas ya no son un manantial fuera de las partes del predio del cual es accesorio el manantial; se vuelve agua corriente, y por lo mismo, hay que aplicar los arts. 644 y 645. En el caso en cuestión, se objetaba que los contratos celebrados entre el propietario del manantial y los diversos adquirientes hacían veces de reglamento. La corte de casación ha fallado muy bien que los contratos daban únicamente á los acreedores un derecho en el agua, pero que no determinaban el modo de usarla, las épocas en que los diversos interesados podían tomarla, el tiempo durante el cual podían retenerla, el volumen de que cada uno podía disponer. Luego había lugar á un reglamento de aguas en contra de la opinión de la corte de Nîmes (1).

Lo que estamos diciendo de los manantiales se aplica igualmente á las aguas pluviales. Estas aguas constituyen también una propiedad privada; el propietario inferior está obligado á recibirlas, pero ningún derecho tiene en ellas, por lo que no puede haber conflicto entre él y el propietario del predio en el cual caen las lluvias, y en consecuencia, no hay materia para una conciliación. Esto supone, claro es, que las aguas pluviales no forman una corriente de agua; si resulta de ellas una agua corriente, déjase entender que los ribereños pueden ejercer en ellas los derechos que les da el art. 644, y que, por consiguiente, debe también aplicarse, en caso de conflicto, el artículo 645.

344. No basta que haya un debate entre los ribereños

1 Sentencia de casación, de 10 de Abril de 1821 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 309).

de una agua corriente para que los tribunales puedan ejercer su poder reglamentario. Si existen convenciones entre las partes del litigio, relativamente al uso del agua, el deber de los tribunales, antes que todo, es mantenerlas. Esto no es más que la aplicación de un principio fundamental, aunque elemental: los convenios, dice el artículo 1134, hacen veces de leyes entre las partes. Los tribunales están ligados por los convenios, tanto como los que los han celebrado; porque el juez está llamado á garantizar los derechos convencionales, lejos de que pueda modificarlos. Cuando el art. 645 encarga á los tribunales que concilien los intereses diversos, supone que las partes interesadas no lo han hecho, y no da á aquéllos el poder de cambiar ni de alterar derechos convencionales. Así es que si uno de los ribereños hubiese adquirido por título el uso exclusivo del agua, los tribunales no podrían derogar los derechos que resultan de los títulos (1). Lo mismo sería si entre los ribereños se hubiese celebrado un convenio en cuya virtud ellos mismos hubiesen arreglado el uso del agua; esto sería también un título cuya ejecución debería asegurar el juez sin poder modificarlo (2). Se deben también considerar como títulos las concesiones emanadas de los antiguos señores, supuesto que, siendo propietarios, tenían el derecho de transmitir su propiedad, y si un propietario es ribereño, ya no puede tratarse de modificar su derecho por los derechos iguales de los corribereños, no teniendo éstos ya ningún derecho (3).

Este principio debe entenderse con algunas restricció-

1 Sentencia de casación, de 24 de Enero de 1831 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 327, 1°).

2 Sentencias de denegada apelación, de 19 de Abril de 1841 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 327, 2°), y de 8 de Septiembre de 1814 (*ibid.*, núm. 327, 4°).

3 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Julio de 1830 (Daloz, *Servidumbre*, núm. 327, 3°).

nes que resultan de las reglas generales de derecho. Se ha fallado que los tribunales tenían el derecho de interpretar los convenios, "y aun de modificarlos por los resultados de los nuevos convenios que las partes hubiesen celebrado" (1). La redacción no es exacta, pero el pensamiento de la corte de casación no podría ser dudoso: el juez llamado á interpretar los convenios jamás tiene el poder de modificarlos, pero si las mismas partes han introducido en ellos algunas modificaciones, déjase entender que el juez debe tenerlas en cuenta. Del mismo modo si los títulos fuesen insuficientes, no estando ya el juez ligado por los convenios de las partes, volvería al libre ejercicio de su derecho de reglamentar el uso del agua. Por último, él tendría el mismo poder respecto á los ribereños que no han sido partes en el contrato; porque las convenciones jamás tienen efecto sino entre los que las subscriben.

345. La ley da á los tribunales un poder de conciliación, y no les traza regla ninguna, sino que deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto debido á la propiedad. Esto es muy vago. La corte de casación ha inferido de esto que los jueces tienen un poder discrecional que los autoriza á que pronuncien según las reglas de la equidad. Es cierto, como lo dice la sentencia, "que para el ejercicio de tal poder, los tribunales tienen que tener en cuenta circunstancias de hecho múltiples y diversas, cuya apreciación, en general, no puede chocar con los principios de derecho ni, por consiguiente, dar cabida á casación (2)." ¿Los tribunales, incluso la corte de casación, acaso no han abusado á veces de este poder discrecional? Acabamos de ver que los tribunales no pueden reglamentar las aguas cuando existe un convenio entre los ribere-

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Agosto de 1827 (Dalloz, *Aguas*, núm. 559, 1°).

2 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 116).

ños, el cual reglamenta su uso. Lo mismo pasa con la prescripción que equivale á un título. La jurisprudencia va más lejos; se ha fallado que una *larga posesión* es suficiente para dar un derecho á uno de los ribereños respecto á los demás (1). ¿Qué cosa es esta *larga posesión*? una sentencia de la corte de Bruselas fija la duración en treinta años, de suerte que una posesión trentenaria constituiría un derecho adquirido (2). Esta jurisprudencia es contraria á todo principio. ¿No está admitido por la doctrina y por las sentencias que el derecho de los ribereños es un derecho de pura facultad? ¿Y este derecho de pura facultad se pierde por la sola posesión de un co-ribereño? Bien podría poseer el agua durante mil años, dice Cœpella, que no por eso habría adquirido un derecho exclusivo en ellos, núm. 306.

La corte de casación ha sentido lo poco jurídica que es la doctrina de una antigua posesión, y ha tratado de darle otro colorido. En el caso que ocupaba á la corte, se trataba de un arroyo formado de varios manantiales nacidos en una sola y misma propiedad. Después de haber atravesado un camino público, el arroyo corría ciñendo un prado perteneciente al propietario del manantial, y en seguida pasaba por una heredad en donde servía á una fábrica. El dueño de la fábrica pidió un reglamento de aguas contra el ribereño superior, el cual invocó su derecho de propiedad en las aguas del manantial y la prescripción. La corte de Poitiers juzgó muy bien que el manantial, después de haber atravesado un predio extraño, ya no era un manantial, sino una agua corriente, regida por el art. 644; pero admitió la posesión trentenaria en pro-

1 Sentencia de denegada apelación, de 19 de Abril de 1841 (Dalloz, *Servidumbre*, núm. 327, 2°).

2 Bruselas, 24 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 90).

vecho del propietario superior, y decidió que habiendo prescrito el derecho de usar el agua, ningún atentado era ya posible contra ese derecho. A recurso de casación, recayó una sentencia de denegación. Pero la corte no pronuncia ya la palabra prescripción. Ella se prevale de la larga posesión en que había estado el ribereño superior para utilizar el agua cuarenta y ocho horas por semana, para inferir la existencia de antiguos *usos* relativos á la repartición de aguas, á la manera y á la duración de su goce; en seguida, considera esos *usos* como un *reglamento particular* que, según el art. 645, debe observarse á pesar de la demanda de un nuevo reglamento (1). ¿Quién no ve que la sentencia confunde la *posesión* con la *convención*? Los *reglamentos particulares* de que habla el art. 645, si no emanan de la administración, deben fundarse en un concurso de consentimiento de las partes interesadas, y esto es un *contrato*. La *posesión* hace, en verdad, suponer la existencia de un convenio, pero para esto se necesita que reuna las condiciones que se requieren para la *prescripción*. Ahora bien, en el caso en cuestión, no podía tratarse de prescripción, y por esto la palabra no se hallaba en la sentencia. Quedaba una larga posesión; pero por larga que se la suponga, no puede privar al ribereño inferior de un derecho que debe á la naturaleza y á la ley, derecho de pura facultad, contra el cual no se puede invocar una simple posesión.

346. Cuando no hay ni título ni prescripción, los tribunales pueden arreglar el uso del agua, como lo expresa la corte de casación, consultando las reglas de la equidad. Una sentencia de la corte de París, que fue confirmada á recurso de casación nos da un ejemplo de ello. La sentencia decide que los ribereños tendrán el derecho de regar sus propiedades seis veces al año, por espacio continuo

1 Sentencia de denegada apelación, de 10 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 170).

de veinticuatro horas en cada riego; y que el uso que hagan del agua será simultáneo, y que en cada ocasión tendrá lugar avisando colectivamente al propietario de una fábrica, contra el cual se había pedido el reglamento. Los propietarios reclamaron pretendiendo que de ello resultaría una especie de indivisión forzosa, prohibida por el artículo 815; esta pretensión no era seria, y por lo mismo, la corte de casación no la tuvo en cuenta (1).

Se ha fallado que el tribunal no puede, al hacer un reglamento de aguas, imponer una servidumbre á uno de los fundos ribereños en provecho del otro (2). En efecto, el código no permite á los tribunales que establezcan una servidumbre. De esto no habría que concluir que el juez no pueda prescribir trabajos que faciliten la repartición del agua entre los ribereños. Así es como la corte de Besançon ha ordenado á uno de los ribereños que construya un regulador y una compuerta para la distribución de las aguas, y al otro ribereño que reembolse la mitad de los gastos de construcción y conservación (3). Esto no es constituir una servidumbre. Teniendo el tribunal el derecho de distribuir el agua, tiene por esto mismo el poder de prescribir las obras necesarias. Cuando los tribunales ordenan trabajos necesarios para asegurar á cada uno de los interesados el volumen de agua que se le atribuye, ellos pueden autorizar al ribereño que los hace para que vigile su construcción y conservación, y por consiguiente, para que pase por el predio en donde se ejecutan los trabajos. Esto no es establecer una servidumbre de paso, esta es una medida que tiende á garantizar el derecho del ribereño. Es llegado el caso de decir: Quien apetece el fin quiere los medios.

347. Distinta cuestión es la de saber si los tribunales

1 Sentencia de 8 de Enero de 1868 (Daloz, 1868, 1, 116).

2 Bruselas, 24 de Enero de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 90).

3 Besançon, 27 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1846, 2, 78).

pueden ordenar la destrucción de las obras que un ribereño ha hecho para desviar el agua ó para tomar un volumen mayor que aquél á que tiene derecho. No es dudosa la afirmativa cuando los trabajos se han llevado á cabo sin autorización, porque entonces estamos bajo el imperio del derecho común. Si las obras constituyen un hecho dañoso, es decir, un cuasi-delito, los tribunales tienen el derecho no sólo de pronunciar daños y perjuicios, sino también de ordenar que desaparezca la causa del daño, por la destrucción de los trabajos que, no estando autorizados, constituyen un cuasi-delito permanente. ¿Pero qué debe decidirse si el ribereño que emprende las obras pide que el tribunal sobresea en determinar acerca de la acción de destrucción hasta que la autoridad administrativa haya pronunciado acerca del mantenimiento de los trabajos? Se ha fallado que no había lugar á sobreseer. En efecto, el juez se halla en presencia de un hecho dañoso, y es competente y debe agotar su jurisdicción, determinando no sólo sobre la cuestión de daños y perjuicios, sino también sobre la destrucción de los trabajos que producen el daño (1).

Si ha habido autorización, y si, no obstante, las obras lastiman los derechos de un ribereño, ¿puede el tribunal ordenar su destrucción? Se lee en un dictamen del consejero Mesnard que en este caso, ninguna duda es posible: los tribunales, dice él, no tienen el derecho de mandar destruir lo que la administración ha permitido que se edifique; deben limitarse á conceder daños y perjuicios, salvo que la administración decida si algún recurso se ha intentado ante ella (2). Es demasiado decir, afirmar que la duda no es posible; el derecho es un oceano de dudas. La doctrina se ha pronunciado por la opinión contraria. Demolombe

1 Sentencia de casación, de 7 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15).

2 Dictamen sobre la sentencia de denegada apelación, de 27 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 216).

confiesa que el poder judicial no puede reformar los actos del poder administrativo; pero en el caso de que se trata ¿puede decirse que los reforma, cuando las concesiones otorgadas por la administración reservan, expresa ó tácitamente, los derechos de tercero? El juez no hace más que aplicar dicha reserva, y no hay, por lo mismo, lugar á ningún conflicto (1).

¿La reserva de los derechos de terceros tiene realmente el sentido que le atribuye Demolombe? Lo dudamos. Los derechos en los cuales no conoce la administración y que no puede derogar, son los derechos de propiedad y de servidumbre. Si sucediera, y se ha presentado el caso, que la administración autorizase á un ribereño para ejecutar trabajos en un terreno perteneciente á otro ribereño, éste tendría evidentemente el derecho de oponerse y de pedir, en caso necesario, su destrucción. Hay una ordenanza del consejo de Estado en este sentido (2). Pero supongamos que se hayan ejecutado los trabajos en la propiedad del ribereño que está autorizado para ejecutarlos. El co-ribereño se queja de que los trabajos le causan un perjuicio, y que, por consiguiente, lastiman el derecho que le concede el art. 644; pide, por lo tanto, la destrucción de los trabajos. ¿Puede decirse que la reserva de la escritura de concesión estriba en el derecho que nace del art. 644? Los ribereños no tienen derecho absoluto de propiedad; no tienen más que derechos limitados por el derecho igual de sus co-ribereños. Cuando la administración autoriza á uno de ellos para que ejecute algunas obras, toma en consideración los derechos de los diversos ribereños. ¿Puede admitirse que autorice ciertas obras, salvo que los tribuna-

1 Demolombe, t. 11, p. 234, núm. 193. Hay aún otras opiniones en diverso sentido, acerca de esta cuestión. Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra *aguas*, núm. 574.

2 Ordenanza del consejo de Estado, de 22 de Junio de 1825 (Dalloz, *Aguas*, núm: 574, 1°).