

mento en que la sociedad está interesada en que un propietario ceda toda ó parte de su propiedad, el interés privado del propietario expropiado debe ceder ante la utilidad pública. Nuestro derecho constitucional sólo una condición prescribe, una previa indemnización, y esta condición está escrita en la ley de 1848, lo que prueba que el mismo legislador considera el establecimiento de la servidumbre como una especie de expropiación (1).

*b). Condiciones.—1. El derecho al agua.*

377. Para que el propietario pueda pedir el paso del agua por las fincas intermedias, se necesita naturalmente que tenga el derecho de disponer del agua. Las leyes francesa y belga lo dicen. Pero la aplicación no deja de tener sus dificultades. Nosotros hemos expuesto los principios que rigen el uso del agua; si estos principios estuviesen al abrigo de toda controversia, nuestra tarea sería sencillísima, porque no tendríamos más que remitir á lo que acaba de decirse. Pero las controversias no escasean. Pueden concentrarse en dos sistemas diferentes. Uno de éstos se ajusta al texto y al espíritu de la ley, sin preocuparse por los intereses generales, ni por los progresos que han llevado á cabo la agricultura y la industria desde la publicación del código civil: éste ha sido nuestro método en todo el curso de esta obra; nosotros no le reconocemos al intérprete el derecho de modificar la ley; el legislador es el único que puede inspirarse en las nuevas necesidades que se van produciendo para poner las leyes en armonía con el estado social. Hay otro sistema que trata de adaptar la ley á las nuevas necesidades, extendiéndola por medio de una interpretación extensiva. Estas dos vías conducen á consecuencias muy diversas. Así, pues, estamos en

1 Informe de Dalloz sobre la ley francesa de 1845 (Dalloz, 'Revisita periódica,' 1845, 3, p. 116).

presencia de principios inciertos, discutibles. De aquí la dificultad que se presenta en la aplicación de las leyes nuevas; cierto es que ellas mantienen el código civil (1), pero ¿qué interpretación es la que consagran? ¿es la interpretación textual y rigurosa, ó la más amplia que se adapta á las nuevas necesidades de la sociedad moderna? La respuesta no nos parece dudosa. ¿Cuál es el objeto de las leyes belgas y francesas? Precisamente es poner el código en armonía con las modificaciones que se han operado en el estado social. Ahora bien, la armonía no existiría si se continuasen siguiendo los principios mezquinos del código civil en la aplicación de las leyes que han querido tener en cuenta las necesidades que los autores del código ignoraban. Así es que permanecer ligado á la interpretación estricta del código, equivaldría á ponerse en oposición con el espíritu de las nuevas leyes. Luego hay que dar la preferencia á la interpretación más amplia, si se quiere que las leyes nuevas llenen el objeto por el cual se han expedido. De esto resulta que, en cierto sentido, el legislador ha modificado el código Napoleón: el texto sigue siendo el mismo, pero ha cambiado el espíritu bajo el cual se le interpreta. Esto no carece de inconvenientes ni de dificultades, y por esto es la incertidumbre que reina en la jurisprudencia.

378. El derecho de agua difiere según que ella es objeto de una propiedad absoluta ó de una propiedad restringida. Antes hemos dicho que el agua de manantial pertenece al dueño del predio, que dispone de ella á voluntad: éstos son los terminos de la ley (art. 641). ¿Puede él también disponer de una manera absoluta fuera del predio en donde tiene su origen el manantial? Aquí comienzan la duda y la controversia. Nosotros hemos enseñado que el

1 Véase la declaración del dictaminador, en la sesión de 12 de Febrero de 1845; (*Monitor* del día 13, y Dalloz, 1845, 3, 119).

manantial, desde el momento en que se sale de los límites de la heredad en donde surgió, se vuelve agua corriente, y que, en consecuencia, el propietario no puede conducirlo á una heredad no-riberaña, ni cederlo á uno de los ribereños ó á cualquier otro propietario (núms. 183, 185 y 191). La jurisprudencia se ha pronunciado, ya bajo el imperio del código civil, en favor del propietario del manantial. Por aplicación del principio que acabamos de dejar establecido, debe decidirse que el propietario del manantial puede pedir el paso del agua por fincas intermedias para regar una heredad no-riberaña que le pertenezca. Por la misma razón, él podrá ceder su derecho al agua del manantial á un propietario que no sea ribereño (1). El texto de la nueva ley es aplicable: el propietario del manantial tiene el derecho de disponer de su agua, supuesto que puede usarla á voluntad, según los términos del artículo 641; y en el espíritu de la ley, el beneficio de la irrigación puede extenderse á toda heredad mediante la servidumbre de acueducto que ella establece sobre las fincas intermedias. No vemos que haya duda acerca de este punto entre los intérpretes ni en la jurisprudencia.

Hay alguna perplejidad cuando se trata de aplicar estos principios á las aguas pluviales. La duda proviene de que no hay acuerdo sobre la propiedad de las aguas pluviales. Se ha fallado que el propietario á cuyo fundo bajan las aguas pluviales que vienen de los predios superiores no tiene el derecho de disponer del agua, y que, por lo tanto, no puede pedir la servidumbre de acueducto para transmitirla (2). Esta interpretación más que restrictiva, nos parece errónea. Remitimos á lo que antes hemos dejado dicho (núm. 225). Las aguas pluviales vienen á ser

1 Demolombe, t. 11, p. 250, núm. 208, y las autoridades que él cita.

2 Colmar, 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1855, 2, 227).

un accesorio del fundo al que se derraman, por lo que el propietario tiene el derecho de disponer de ellas, y esto decide la cuestión. Del mismo modo, las aguas pluviales derivadas de la vía pública se vuelven propiedad de los ribereños, los cuales pueden disponer de ellas, y por lo mismo, invocar el beneficio de la servidumbre de acueducto (1).

379. ¿Los ribereños de las corrientes de agua no navegables tienen la propiedad del agua, ó nada más el uso? En otro lugar (2) hemos expuesto la controversia, que refluye sobre todas las cuestiones de aplicación. El punto primero si es claro, y es que, para tener derecho al agua, hay que ser ribereño. ¿El propietario que está separado de un río por una vía pública puede pedir el paso del agua por el camino para conducir el agua á su heredad? A nuestro juicio, el no puede invocar ni el código civil ni la ley nueva. El código civil no da un derecho al agua sino á aquellos cuyas fincas están ceñidas ó atravesadas por un río, y la ley de 1878 exige como primera condición que el propietario que reclama la servidumbre de acueducto tenga derecho al agua. ¿El Estado, al cual pertenece la vía pública, podría conceder al propietario que está á orillas de la vía el derecho de servirse del agua mediante un acueducto? Sí, si se admite que los ribereños pueden ceder sus derechos á quien no es ribereño. Nó, si esa concesión no puede hacerse. En el caso que tratamos, el Estado es el ribereño; el propietario cuya heredad corre á lo largo del camino no tiene, pues, el derecho de invocar la ley de 1848, sólo podría hacerlo como concesiona-

1 Agen, 7 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 57). Sentencia de denegada apelación, de 9 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 255). Aubry y Rau, t. 3º, p. 16, nota 8, y las autoridades que ellos citan.

2 Véase el tomo 6º de esta obra, núms. 15 y siguientes.

rio (1). Así es que hay que ver si los ribereños pueden transmitir sus derechos.

Se presenta una primera cuestión. ¿Los ribereños pueden servirse del agua para regar un predio no ribereño que les pertenece? Nosotros (núm. 280) hemos contestado negativamente, apoyándonos en el código civil; pero hay una opinión más favorable á los ribereños que es la que ha predominado desde que la ley nueva permite á los que pueden disponer del agua pedir su paso por los predios intermedios, á efecto de regar una heredad no ribereña. La servidumbre de acueducto casi no sería de utilidad si no la pudieran reclamar los ribereños de las corrientes de agua no navegables. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido (2). Queda por saber de qué volumen de agua puede disponer el ribereño si quiere regar un predio no ribereño. Más adelante trataremos este punto.

Al suponer que los ribereños tengan el derecho de emplear el agua para la irrigación de un predio no ribereño, difícil es no concederles la facultad de disponer de ese derecho en provecho de otro propietario. Esta cuestión, sin embargo, es muy debatida. En el informe rendido acerca de la ley francesa de 1845, se lee que esta cuestión se había provocado en el seno de la comisión, y que se la había dejado indecisa por tener que ser resuelta conforme á los principios del derecho común (3). Cuando se discutió la ley de 1847, se insistió en la cuestión; fué vivamente debatida, sobre todo en lo concerniente á las concesiones hechas por el gobierno respecto á aguas navegables. La comisión de la Cámara de diputados declaró que la ley de 1847 no prejuzgaba el sentido de la ley de 1845 y que

1 Compárese el decreto del consejo de Estado de 8 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 3, 83).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. 3º, página 14, y nota 5.

3 Daloz, "Recopilación periódica," 1845, p. 149, nota 4.

no incumbía á la Cámara interpretarla; mientras que la comisión de la Cámara de los pares se pronunció por la interpretación restrictiva (1). La jurisprudencia dividida. Nosotros sin vacilar, aceptamos la opinión favorable á los ribereños, bien entendido que partiendo del principio que generalmente se reconoce, en cuanto á la facultad de los ribereños para disponer del agua en la irrigación de sus propiedades no ribereñas. Una vez reconocido este derecho, hay que ser lógicos y admitir también las consecuencias que se deducen; si el derecho de irrigación puede transportarse á una heredad no ribereña ¿qué importa que la tal heredad pertenezca á un ribereño ó á un no-ribereño? El derecho se ha establecido para los predios y no para las personas.

380. Se ha presentado una dificultad en un caso particular. Supónese que un obstáculo natural, tal como el escarpamiento ó la elevación de la orilla, se opone á la toma de agua que un ribereño deseara hacer para la irrigación de su predio; él compra una lengua de tierra contigua á su propiedad; ¿podría tomar el agua en este punto y conducirla por este terreno para que sirviese á la irrigación de la propiedad escarpada? Se ha fallado que el ribereño no podía derivar más que el agua á que tenía derecho para la irrigación de la porción de tierra nuevamente adquirida (2). Esta sentencia consagra la interpretación más restrictiva del código civil, al decidir que el ribereño debe tomar el agua frente á frente del predio que desea regar, y en un punto de la orilla comprendido dentro de los límites de aquel fundo. Al art. 644 no dice tal cosa; y las leyes nuevas que permiten al ribereño derivar el agua de la que tiene derecho á servirse para la irrigación de una

1 Daloz, "Compilación periódica," 1845 p. 119, nota 4.

2 Aix, 30 de Junio de 1845 (Daloz, 1846, 2, 1).

heredad no ribereña, le permiten con mayor razón que use del agua para todos sus predios ribereños, sin que haya que distinguirse si él toma el agua frente á frente de la orilla ó sobre otro punto cualquiera en el cual es igualmente ribereño. Así es que la sentencia fué casada (1).

Distinta es la cuestión de saber si el ribereño puede tomar el agua río arriba en un punto en que ella no ciñe la propiedad de aquél. Es claro que en virtud del art. 644, él no tiene tal derecho. ¿La ley nueva se lo dá? Así se enseña (2). Es verdad que, en el caso de que se trata, el ribereño tiene el derecho de usar el agua, pero no lo tiene de tomarla en un punto de la ribera que no le pertenece; esto no sería la servidumbre de paso establecida por las leyes de 1845 y 1846, porque esta servidumbre supone que el propietario tiene el derecho de conducir el agua hasta el predio intermedio sobre el cual pide el paso, mientras que en el caso que nos ocupa este derecho pertenece á otro ribereño; luego ésta sería una nueva servidumbre que el propietario querría imponer á un co-ribereño, servidumbre que tendería á privar á éste del derecho que le da el art. 644, lo cual es inadmisibile. Hay una sentencia de la corte de casación en el sentido de nuestra opinión, que es la de Demolombe (3).

381. Una cuestión análoga, pero diferente en el fondo, se presenta respecto á las corrientes de agua navegables. Se pregunta, en primer lugar, si el gobierno puede otorgar tomas de agua sobre estos ríos. El acuerdo de 19 ventoso, año VI, da formalmente á la administración el poder para conceder tomas de agua en los ríos navegables ó flotables. ¿Debe inferirse de aquí que el concesiona-

1 Sentencia de casación, de 14 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Compárese el núm. 276 de este volumen.

2 Daviel, "Comentario á la ley de 1845," p. 30, núm. 13.

3 Sentencia de denegada apelación, de 15 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 78). Demolombe, t. 11, p. 255, núm. 213).

rio puede pedir el paso por los predios ribereños de aguas que se le ha permitido que derive? Hay una duda, y es que debería practicar una toma de agua en un predio ribereño que no le pertenece, en seguida conducir el agua por un acueducto á la heredad que él quiere regar. Ahora bien, las leyes le dan ciertamente la servidumbre de acueducto pero no le dan la de toma de agua. Se contesta que, en el caso de que se trata, habiendo obtenido el concesionario el derecho de servirse del agua puede reclamar un acueducto para llevarla á su predio; si, además, tiene que hacer trabajos á efecto de llevar el agua al acueducto, es llegado entonces el caso de aplicar el art. 697, por cuyos términos el que tiene una servidumbre tiene derecho á hacer todas las obras necesarias para usarla (1). A nuestro juicio, el art. 697 prevee un caso diferente del que acabamos de examinar; el ribereño de un río navegable ningún derecho tiene en el agua, luego no puede oponer al concesionario que éste lo priva de un derecho, al ejercitar una toma de agua en su fundo.

c) Segunda condición. Interés de la irrigación.

382. La servidumbre de acueducto se ha establecido por interés de la agricultura, y los informes y la discusión no dejan duda alguna acerca de este punto. Esto se dice en el texto mismo: "Todo propietario que quiera servirse, para la irrigación de sus propiedades, de aguas de las que puede disponer con derecho." Ahora bien, es de principio que las servidumbres, y sobre todo las legales son de estricta interpretación; de donde se infiere que la servidumbre de acueducto no puede pedirse para otro uso del agua. Este principio se proclamó cuando se discutió la ley francesa. La propiedad es un derecho exclusivo y celoso; ella

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 16, nota 9. En sentido contrario, Demolombe, t. 11, p. 254, núm. 212.

encontró defensores ardientes en el seno de las cámaras; ¿no era un atentado contra ella el imponerle restricciones por un interés privado? y con el pretexto del interés de la agricultura, ¿no llegará á suceder que un propietario se vea gravado con una servidumbre de acueducto onerosísima, cuando en realidad, dicho gravamen no tenga más objeto que satisfacer un interés industrial ó doméstico, y quizás hasta el capricho de un rico vecino? A tales objeciones, el dictaminador contestó: "La servidumbre que se propone crear no constituye un derecho absoluto en provecho del propietario que pide el paso del agua; el tribunal está llamado á comprobar si realmente la servidumbre tiene por objeto la irrigación. No bastará con alegar una irrigación imaginaria, ó con invocar un simulacro de irrigación para obtener del juez el derecho de dirigir á la propiedad vecina el agua destinada á la explotación de una fábrica, á la comodidad de una casa de campo ó al embellecimiento de un parque. Tampoco bastará contener un volumen de agua cualquiera á disposición, si el nivel de las tierras no permite la irrigación, ó si el volumen de agua es notoriamente insuficiente; porque la propiedad privada no puede ser sometida sino por un interés general que sólo puede existir cuando la irrigación es real y útil. Tal es el sentido según el cual se concibió la disposición, y los tribunales están armados de un poder discrecional propio para hacer que se respete el pensamiento de la ley (1).

Se ha fallado, por aplicación de este principio, que la servidumbre de acueducto no puede establecerse por interés de una fábrica (2). Nosotros estamos exponiendo los

1 *Monitor* de 13 de Febrero de 1845, Dalloz "Colección periódica," 1845, 3, 118, nota, 3 1.

2 Sentencia de denegada apelación, de 29 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 415. Compárese, Demolombe, t. 11, p. 247, núm. 205). Aubry y Rau, t. 3º, p. 17 y nota 10.

principios de la ley, sin pretender justificarlos. El interés de la industria es tan digno de consideración como el de la agricultura; si se le ha excluido de las leyes nuevas, es porque éstas tenían un objeto especial. Cuando se revise el código civil, se tendrán mucho en cuenta las necesidades de la industria, porque ésta ha llegado á ser un principio de vida para las sociedades modernas.

d) *Establecimiento de la servidumbre.*

383. La ley belga de 1848, lo mismo que la ley francesa de 1845, de la que es reproducción, establecen principios concernientes á la competencia de los tribunales y de la administración. Por una parte, disponen que no derogan las leyes que rigen la policía de aguas. (Ley de 1848, art. 9). Por aplicación de esta disposición, la jurisprudencia francesa decide que la autoridad administrativa debe intervenir para conceder la toma de agua y para determinar el volumen que el propietario pueda transmitir por la servidumbre de acueducto (1). Si existen reglamentos que exijan la autorización de la administración, los ribereños deberán naturalmente observarlas. En ausencia de reglamentos, nosotros no conocemos una ley que exija concesión de la autoridad administrativa para el uso de aguas no navegables. Remitimos al lector á lo que antes hemos dicho, núm. 295.

En cuanto á los tribunales, su competencia está regulada por las leyes nuevas, que entran en los detalles de las atribuciones confiadas al poder judicial, sin duda para prevenir todo conflicto. En aquellas leyes no se dice que el juez deba necesariamente intervenir para el establecimiento de la servidumbre de acueducto. Los tribunales no tienen más misión que juzgar las contiendas que se les

1 París, 31 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 108).

someten. Si las partes interesadas se ponen de acuerdo, la servidumbre quedará arreglada por vía de convenio. En este sentido es como la ley de 1848 dice que las contiendas á que pueda dar lugar el establecimiento de la servidumbre se someterán á los tribunales. En seguida, la ley enumera las dificultades que pueden ser sometidas al juez: la fijación de la distancia que recorre el acueducto, de sus dimensiones y de su forma, la construcción de las obras de arte que se tienen que establecer para la toma de agua, la conservación de dichas obras, los cambios que se tienen que operar en las obras ya establecidas (artículo 7).

384. Los tribunales gozan, en esta materia, de un poder casi discrecional. En efecto, la ley dice que ellos deberán conciliar el interés de la operación, es decir de la irrigación, con el respeto debido á la propiedad. Tales son los términos del art. 645 del código civil; llamados á conciliar opuestos intereses, los tribunales tienen por lo mismo un poder moderador. Nosotros hemos dicho ya en qué sentido deben ejercer ellos ese poder, según la discusión de la ley francesa. La jurisprudencia ha venido á completar esta interpretación en un punto capital, el volumen de agua de que el propietario puede disponer; de esto depende naturalmente la dimensión del acueducto y el gravamen que pese sobre los predios sirvientes. Si se concede á la administración el poder de autorizar la toma de agua, parece que debe reconocersele el derecho de fijar el volumen de agua que el propietario puede tomar (1). Pero hay que recordar que la administración no prejuzga nada de lo que concierne á los derechos de las partes interesadas; ella no hace más que regular los intereses generales, aun cuando intervenga por vía

1 Esto es lo que dice una sentencia de Orleans, de 3 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 162).

de concesión, núms. 314 y 330. Los derechos de las partes están determinados por la ley, y cuando se trata de corrientes de agua no navegables, los tribunales tienen un poder de conciliación que les permite distribuir el volumen de agua que los diversos ribereños tienen derecho á emplear.

Síguese de aquí que los jueces tienen también un poder discrecional en lo concerniente al volumen de agua que el propietario interesado toma para transmitirlo por el acueducto á la heredad que él quiere regar. La cantidad de agua no está necesariamente en relación con la extensión del predio del cual es propietario ribereño; los tribunales pueden tener en cuenta las necesidades del fundo que el propietario quiere irrigar, salvo que los co-ribereños rebatan, si háy lugar á ello. Hemos dicho co-ribereños, porque éstos son los únicos que tienen derechos que hacer valer; los propietarios intermedios, no ribereños, ninguna calidad tienen para disputar sobre el volumen de agua que pase por su predio. La ley prevee, es verdad, que haya contienda acerca del tamaño del acueducto, lo que se relaciona con el volumen de agua para el cual debe concederse el paso; pero esto no prueba que los propietarios intermedios tengan el derecho de negar el volumen de la toma de agua, sino que únicamente supone que estando determinada la cantidad de agua, se halla que el acueducto es demasiado grande, y que hay motivo para reducir sus dimensiones. Hay más: los tribunales no están obligados á reducir la toma de agua á reclamaciones de los ribereños; los tribunales pueden usar del poder moderador que les da el código civil, concediendo á la irrigación el agua que necesita, salvo el otorgar una indemnización á los ribereños lesionados. La jurisprudencia y la doctrina se hallan en este sentido (1).

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 17, notas 12-13, y las autoridades que ci-