

385. Sábese que el propietario enclavado puede pedir un paso por los predios de sus vecinos; el art. 683 quiere que el paso se tome regularmente por el lado en que el trayecto es el más corto del predio enclavado á la vía pública, y el art. 684 agrega que debe fijarse en el paraje menos perjudicial á aquél sobre cuyo predio se concede. ¿Deben aplicarse estas disposiciones, por analogía, á la servidumbre de acueducto? Se había pedido que se inscribiesen en la ley, y que se permitiera á los propietarios intermedios indicar ellos mismos el sitio por donde las aguas deben pasar. El dictaminador contestó que ciertamente ese era el espíritu de la ley, pero que no se podían formular esas medidas de ejecución en el texto, porque podrían parecer de una aplicación imposible. En efecto, no pasa con un acueducto lo que con un simple tránsito; en rigor, puede uno pasar por donde guste, mientras que el agua no se conduce al capricho, supuesto que en esta materia todo depende del nivel del agua y del declive de los terrenos. Así, pues, era preciso, como lo ha hecho el legislador, atenerse á la prudencia de los tribunales, los que conciliarán el interés de la agricultura con el respeto debido á la propiedad (1).

386. Si el agua debe pasar por una vía pública ¿serán los tribunales competentes para autorizar el paso mediante un acueducto? La negativa es clara. En efecto, la vía pública está fuera del comercio, y no corresponde á los tribunales prescribir obras que podrían comprometer la circulación, es decir, el destino de los caminos. Ciertamente es que en el caso que nos ocupa, la ley es la que impone la servidumbre, pero la impone á las propiedades privadas; en cuanto al dominio público, éste no se halla sometido á servidumbres; salvo que la administración vea si el desti-

tan. Sentencia de denegada apelación, de 8 de Noviembre de 1854 (Daloz 1854, 1, 410).

1 Daloz, Informe sobre la ley de 1845.

no público de las vías de comunicación permite autorizar ciertos trabajos. Pero tales concesiones son, por su propia naturaleza, esencialmente precarias, y por lo tanto, revocables. Se ha objetado que la ley de 1848, que declara expresamente que no pretende derogar las leyes que rigen la policía del agua, no contiene reserva semejante en cuanto á las leyes sobre las vías públicas. La corte de Dijón contesta que esta reserva era inútil, porque se deja entender que una ley extraña á la vía pública no puede derogar las leyes sobre esta materia (1).

387. La servidumbre de conducción de agua establecida por la ley de 1848 se ejerce por medio de un acueducto; hay que aplicar aquí la disposición del art. 697, que autoriza al propietario del predio dominante á hacer todas las obras necesarias para usar de la servidumbre. Esto lo reconocen todos los intérpretes (2). ¿Quiere decir esto que el propietario pueda reclamar el uso de un acueducto existente en un predio intermedio? Nó, porque esto vendría á parar en hacerlo co-propietario no sólo del acueducto, sino también del agua que conduce. Esto sería, pues, una verdadera expropiación; se necesitaría una ley para conceder ese derecho, y el legislador se ha cuidado bien de llegar hasta este punto, porque la comunidad forzada es una fuente de dificultades y de litigios; la ley no la admite sino cuando á ello se ve obligada, y en el caso de que se trata, ninguna necesidad había de establecerla. Al propietario corresponde pedir el paso para el agua á que tiene derecho, y á los tribunales en concederlo si há lugar (3).

388. El que reclama la servidumbre de acueducto queda

1 Dijón, 4 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 2, 153).

2 Garnier, "Comentarios de la ley sobre las irrigaciones," pág. 9. Demolombe, t. 11, p. 256, núm. 215.

3 Nîmes, 15 de Febrero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 72).

sometido á la obligación que le impone el art. 644, si deriva el agua de un río para irrigar una propiedad no ribereña. Según los términos de esta disposición, el ribereño superior jamás puede absorber el agua con perjuicio de los ribereños inferiores. Aun cuando sea propietario de las dos orillas, está obligado á devolver el agua, á la salida de sus predios, á su curso ordinario. La toma del agua que él ejerce en virtud de la ley de 1848, está sometida al mismo gravamen, porque las leyes nuevas no derogan el código civil. Luego es preciso que el propietario, después de haberse servido del agua para la irrigación de su heredad, la devuelva á su curso ordinario. Esto supone que hay ribereños inferiores que tienen interés en recibir el agua; si ningún daño sufren por su desviación ó por su absorción no tienen derecho á quejarse, porque el derecho de los ribereños no es absoluto, sino que nace del perjuicio causado. Síguese de aquí, que los tribunales pueden conceder la servidumbre de acueducto, por más que el agua no sea devuelta á su curso ordinario, si de hecho no resulta ningún perjuicio (1). Los tribunales pueden también ejercer su poder de conciliación y permitir á un ribereño superior que derive el agua, aun cuando esta derivación ocasionase algún perjuicio á algunos propietarios inferiores, salvo el concederles una indemnización, como lo expresa muy bien la corte de Nancy, á los tribunales les toca estimular y favorecer la irrigación; tal es el objeto de la ley nueva; luego es interpretarla conforme á su espíritu conciliar los intereses opuestos, concediendo la servidumbre de acueducto á uno de ellos é indemnizando al otro del daño que experimente.

389. El que reclama el paso del agua debe pagar á los

1 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 411), París, 31 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 208).

propietarios de los predios atravesados "una justa y previa indemnización." Este es el principio que la Constitución establece en materia de expropiación (art. 11). "El respeto á la propiedad, dice el dictaminador de la ley francesa, ha impulsado á vuestra comisión á exigir que la indemnización fuese previa y pagada antes del comienzo de los trabajos, y sin la toma de posesión provisional. La indemnización debe también ser justa, es decir, proporcionada al daño real que experimenta el propietario del predio atravesado por el agua. En esta apreciación debe entrar no solamente el valor del terreno de que se le prive por el canal y sus dependencias, sino también el perjuicio que le causan la confección y la existencia del canal y la separación de la propiedad en dos ó varias partes. Esta indemnización es por lo demás, independiente de la que puede debérsele por las degradaciones que su propiedad haya sufrido por la irrupción del agua y que resultarían de la negligencia que el propietario del agua pusiere en la conservación y limpia del acueducto (1).

390. ¿Los propietarios de los predios atravesados por el acueducto tienen derecho al agua? En Francia se había hecho una proposición en tal sentido, cuando se discutió la ley de 1845. Parece bastante justo que los propietarios sean admitidos á la participación del agua cuando ésta excede las necesidades del que reclama su paso, salvo el compensar dicha ventaja hasta debida concurrencia con la indemnización que aquél debe pagar. La propuesta no fué aceptada. En primer lugar, habría sido de una aplicación singularísima, porque es natural presumir que un propietario no deriva más que el volumen de agua que necesita para la irrigación de sus tierras. Lo que sobre todo resolvió á la comisión á rechazar esa partición del agua, es que ha-

1 Dalloz, Informe sobre la ley de 1845 (Dalloz, "Recopilación periódica," 1845, p. 120, nota 10).

bría dado lugar á incesantes pleitos sobre la cantidad de agua necesaria al uno, y sobre la que el otro emplearía. Esto no impide que las partes interesadas celebren respecto al uso del agua las convenciones que apetezcan. Así, pues, podía uno atenerse al interés de los propietarios; vale más la libertad que la violencia.

II. Servidumbre de derrame de las aguas de irrigación.

391. Según los términos de la ley de 1848, art. 2, "los propietarios de los predios inferiores deberán recibir el agua de los terrenos así regados, salvo indemnización que pueda debérseles." La servidumbre de *derrame* es una consecuencia necesaria de la servidumbre de *acueducto*. El agua es traída por medio de trabajos de arte hacia un predio para que sirva á la irrigación. ¿Qué vendría á ser del agua que la tierra no absorbe? El propietario no tiene el derecho de verterla sobre los fundos inferiores, porque el código civil no le permite que la transmita á estas heredades, sino cuando baja naturalmente de los predios más elevados, sin que la mano del hombre contribuya á ello, art. 640; y en el caso actual la corriente misma es artificial. Luego era preciso extender la servidumbre establecida por el art. 640, obligando á los propietarios inferiores á recibir el agua. Este gravamen pesa no sólo sobre el propietario del terreno contiguo al que es regado, sino que se extiende á los propietarios de los predios subsecuentes, cuando hay necesidad. Por esta razón la ley dice: "los propietarios inferiores" (1). Y hay necesidad cuando el agua no es absorbida y cuando debe ser acarreada hacia un río. Y aún es legal la necesidad cuando el agua es derivada de una corriente de agua navegable ó nó, y cuando el propietario debe devolverla á su curso natural.

1 Informe de Dalloz, en la "Recopilación periódica," 1845, 3, 120, nota 12.

392. En este último caso se presenta una dificultad. La corte de Metz ha fallado que se requieren dos condiciones para que haya lugar á la servidumbre de *derrame* creada por la ley nueva. Desde luego, se necesita que el agua haya servido para la irrigación de las tierras que no están á sus orillas. Esta primera condición se encuentra las más de las veces de hecho, porque ordinariamente es para regar un predio no ribereño por lo que se deriva el agua. No obstante, puede suceder que se necesite un acueducto para regar un predio que esté limitado por el agua corriente, cuando el escarpe de la orilla no permite que se practique una toma de agua. En este caso, ciertamente que habría lugar á la servidumbre de *derrame* en virtud del artículo 2; porque el texto no exige que el fundo sea no-ribereno, y el espíritu de la ley menos aún, puesto que ésta es una cuestión de necesidad. La segunda condición, según la sentencia de la corte de Metz, sería ésta: que el paso reclamado tenga por objeto devolver el agua á su curso primitivo (1). Esta condición tampoco está prescrita por el texto ni por el espíritu de la nueva ley. Si se deriva el agua de un río navegable, al gobierno que es el que otorga la concesión, es al que toca imponer al concesionario la obligación de devolver el agua á su curso ordinario, y el concesionario deberá naturalmente conformarse con esta condición. Si se trata de aguas derivadas de una corriente de agua no navegable, la ley quiere que el agua sea devuelta al río de donde se ha tomado; este es el derecho de los ribereños inferiores, pero no es absoluto; supone un perjuicio, y aun cuando hubiere perjuicio, los tribunales pueden conceder la servidumbre de *acueducto*, indemnizando á los ribereños interesados; y desde el momento en que hay servidumbre de *acueducto*, necesariamente hay servidumbre de *derrame*. Tal es la única con-

1 Metz, 5 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124).

dición que prescribe el art. 2; las aguas que han servido para el riego, son las que, mediante un acueducto, deben recibir los propietarios inferiores.

La corte de Metz ha sobrepasado la ley; los eruditos intérpretes de Zachariæ, dicen que es evidente el error de la corte (1). Sin embargo, se desechó el recurso por las conclusiones conformes del procurador de justicia Fabre. En el caso de que se trataba, el propietario quería verter el agua, no en su lecho primitivo, sino en una próxima corriente. La corte de casación resolvió que los tribunales tenían un poder discrecional para normalizar el derrame del agua, y que, por consiguiente, sus decisiones se escapaban á toda inspección. El fondeo de la decisión, sí. En cuanto al error de derecho que se halla en los motivos, la corte de casación para nada lo tiene en cuenta cuando la sentencia se justifica en el fondo.

393. La servidumbre de derrame es una consecuencia necesaria de la servidumbre de acueducto. En este sentido, de los tribunales depende su establecimiento, supuesto que tienen un poder discrecional para establecer la servidumbre de conducción de agua. Pero una vez establecida la servidumbre de acueducto, el derrame existe de pleno derecho sin la intervención del juez. Sólo que, como lo ha resuelto la corte de casación en la sentencia que acabamos de citar, los jueces pueden arreglar el ejercicio de la servidumbre, determinando la corriente que conviene dar á las aguas de irrigación. Bajo este concepto, hay una diferencia entre la nueva ley de derrame y la del artículo 640. Esta es obra de la naturaleza, la cual indica el predio sobre el cual gravita dicha servidumbre. Mientras que las aguas de irrigación tienen un curso artificial, por que pueden verterse indiferentemente sobre uno ú otro predio. En caso de contienda, los tribunales resolverán,

1 Aubry y Rau, t. 3º, p. 18 y nota 17.

usando del poder de conciliación que les concedé la ley, art. 7 de la ley de 1848.

394. ¿Los propietarios inferiores tienen derecho á una indemnización? Según los términos del art. 2, podrá dárseles una indemnización. Las más de las veces el derrame del agua les será ventajoso, puesto que lo podrán utilizar. Esto al menos fué lo que se dijo en el dictamen de la comisión francesa. En realidad, la ley les impone un gravamen y no les da ningún derecho. Sólo por la fuerza de las cosas, la infiltración del agua será provechosa á los predios ribereños. De todas maneras, es la verdad que esta consideración ha inducido al legislador á no conceder una previa indemnización. No puede saberse de antemano si hay un daño y cuál será la cuantía de los daños y perjuicios (1).

III. Servidumbre de apoyo (2).

395. Todo propietario que quiere servirse, para la irrigación de sus propiedades, del agua en la que tiene derecho de disponer puede, mediante una justa y previa indemnización, obtener la facultad de apoyar en la propiedad del ribereño opuesto las obras de arte necesarias para su toma de agua. (Ley de 1848, art. 59.) La servidumbre de *apoyo*, dice el dictaminador de la ley francesa, es el complemento necesario de la ley que ha establecido el derecho de acueducto para favorecer la irrigación y á causa de la agricultura. Esto no quiere decir que los ribereños puedan reclamar la servidumbre de apoyo sino como accesorio de la servidumbre de acueducto. Ellos pueden in-

1 Informe de Dalloz, en la "Recopilación periódica" de Dalloz, 1845, 3, 120, nota 12. Discurso del ministro de gobernación, al discutirse la ley belga de 1848 (sesión de 22 de Marzo de 1848).

2 Ley francesa de 11 de Julio de 1847 (Dalloz, "Recopilación periódica," 1847, 3, 120), reproducida en la ley belga de 27 de Abril de 1848, artículos 5 y 6.

vocar el beneficio de la ley nueva, aun cuando se sirvan del agua para la irrigación de sus predios ribereños, sin solicitar el paso del agua por los predios vecinos. Según el código civil, ellos podían hacer en la orilla de que eran propietarios las obras que quisieren; pero no tenían el derecho de apoyarlas en la orilla opuesta que no les pertenecía. Ahora, bien las más de las veces los trabajos no son eficaces sino cuando se hacen en ambas orillas. El cauce de los ríos es generalmente inferior á sus bordes, por lo que es necesario levantar artificialmente el nivel del agua, lo que requiere diques, y por consiguiente, el derecho de apoyarlos en la orilla opuesta. En este sentido, puede decirse que la servidumbre de apoyo es la consecuencia natural del derecho de irrigación.

396. ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para el establecimiento de la servidumbre de apoyo? Ella no existe de pleno derecho; y es no obstante, legal en el sentido de que puede ser reclamada en virtud de la ley, pero debe ser solicitada lo mismo que la servidumbre de acueducto. "Todo propietario *podrá obtener* la facultad," dice el art. 5. Luego hay que aplicar aquí lo que hemos dicho de la servidumbre de acueducto (núm. 375). La servidumbre de apoyo no puede ser solicitada sino por los que tienen el derecho de servirse del agua lo que supone un río no navegable. Los ribereños de estas corrientes de agua tienen el derecho de servirse de ellas, dentro de los límites determinados por el art. 644, y con la reserva del poder discrecional de los tribunales consagrados por el art. 645. De esto resulta que en caso de contienda sobre el establecimiento de la servidumbre de apoyo, los tribunales tienen igualmente un poder de conciliación; lo tienen en virtud del art. 645, en lo concerniente al derecho de irrigación; lo tienen en virtud de la ley nueva, en lo concerniente á las obras necesarias para el ejercicio de ese derecho (art. 7).

Por último, la administración debe autorizar los trabajos (núm. 295); si su intervención es necesaria para las tomas de agua, con mayor razón lo es para los trabajos de arte, que al ejecutarse en ambas orillas, interesan necesariamente á todos los ribereños.

La ley dice que el propietario podrá obtener la servidumbre de apoyo para la irrigación de sus propiedades. También bajo este concepto, hay identidad entre la servidumbre de apoyo y la de acueducto. Ella no podrá solicitarse para usos industriales, ni para uso de simple recreo (núm. 382); y si se solicita para la irrigación, preciso es que haya un interés que justifique la restricción al derecho de propiedad que uno de los ribereños quiere imponer á su co-ribereno. Vamos á transcribir el dictamen rendido por Dalloz á la Cámara de diputados, porque da á conocer el espíritu con que debe aplicarse la ley: "El derecho de apoyo no puede justificarse sino por un interés real y sensible de irrigación; la servidumbre legal sólo con este fin se ha instituido, y los tribunales están armados del poder discrecional de rechazar toda demanda que no se base manifiestamente en dicho interés ó que sólo pueda satisfacerlo causando grave daño á las propiedades cercanas. Así, por ejemplo, los tribunales no autorizarán el derecho de apoyo cuando tenga únicamente por objeto el riego de un césped de puro recreo, ó de una parcela insignificante de pradera. Tampoco lo autorizarán cuando, en razón de una extrema inferioridad del nivel de los terrenos sobre los cuales se reclama, la barrera los expusiese á una inundación que exigiera la construcción no sólo de un muro de algunos metros, sino de un dique de mucha extensión. Los tribunales concederán ó rehusarán la servidumbre de apoyo según las circunstancias que deben apreciar en su sabiduría (1)."

1 Informe de Dalloz, "Recopilación periódica," 1847. 3, 121, nota.

397. ¿Quién puede reclamar la servidumbre de apoyo? La ley contesta: "Todo *propietario* podrá obtener la facultad de apoyar, en la propiedad del *ribereño opuesto*, las obras que sean necesarias para su toma de agua." Por la palabra "propietario," la ley entiende al que posee una de las dos orillas de una corriente de agua y que quiere apoyar un dique en la otra orilla. Siguese de aquí que nada más los ribereños pueden reclamar la servidumbre de apoyo. Cuando se discutió la ley francesa, se había propuesto extender el beneficio de la servidumbre nueva á todos los que tuviesen el derecho de disponer del agua, y por consiguiente á los concesionarios. La proposición vivamente combatida por interés de la propiedad, se remitió á la comisión. Esta la rechazó. El dictaminador dijo que no debe confundirse la servidumbre de acueducto con la servidumbre de apoyo; la primera puede ser provechosa á ciertos concesionarios; la segunda sólo se establece por interés de los ribereños. En el informe no se halla un motivo jurídico de esta diferencia; lo que parece haber decidido á la comisión, es que la proposición casi no tenía interés práctico. En efecto, el ministro de fomento declaró que él jamás había otorgado una concesión de toma de agua en un río navegable; con mayor razón, dice el informe, se otorgaría cuando se tropezase con los derechos de los ribereños, es decir, cuando se tratase de corrientes de agua no navegables (1).

Así, pues, en la mente de la comisión, la servidumbre se restringe á los ribereños: ella lo dice en términos formales. No obstante, la cuestión es controvertida en lo concerniente á las concesiones hechas por los mismos ribereños. De esto no se preocuparon en la discusión, por lo que podría decirse que la restricción hecha en el dictamen no se refie-

1 Véase la discusión embrolladísima y el texto del informe en Dalloz, 1847, 3, 120-123.

re sino á las concesiones que emanan del gobierno (1). Nosotros queríamos admitir esta interpretación, porque la restricción es muy ilógica. A una persona que no es ribereña se le permite que adquiera una toma de agua, se le permite que la lleve por un acueducto á un predio que no es ribereño, y no se quiere que ejecute las obras necesarias para que aproveche la toma de agua. Esto equivale á darle con una mano una facultad y retirársela con la otra. ¿Pero es posible la interpretación extensiva en presencia del texto que restringe la servidumbre á los ribereños, y del informe de la comisión que es más restrictivo todavía? Nosotros no lo creemos.

398. Se ha fallado que el propietario que tiene el derecho de disponer del agua de un río y de establecer, en su calidad de ribereño, una toma de agua en una de las orillas, puede obtener el beneficio de las servidumbres de acueducto y de apoyo en la orilla opuesta, para la irrigación de una propiedad situada en esta orilla (2). Hay un motivo para dudar. En cuanto á la servidumbre de acueducto, puede reclamarla el que no es ribereño, y con más razón, el que es propietario de una orilla tiene el derecho de establecer una toma de agua á la otra orilla. No sucede lo mismo con la servidumbre de apoyo, pues, para obtenerla, se necesita ser ribereño. Ahora bien, en el caso de que se trata, el propietario que la pedía tenía únicamente el derecho de establecer una toma de agua, lo que no equivale á la propiedad de la orilla. ¿Puede el intérprete llegar hasta este punto? A nuestro juicio, nó. Había, además, otra razón para dudar, y es que la propiedad estaba situada en la ribera opuesta á aquella en que el propietario tenía la toma de agua, lo que también se halla en ope-

1 Esta es la opinión de Aubry y Rau, t. 3º, p. 19, nota 22.

2 Dijon, 26 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 501).