

# AGUAS

*Honramos nuestras páginas con esta importante pieza, obra del doctor Libardo López, en la cual se dilucidan interesantes cuestiones relativas al régimen de las aguas, vistas a la luz de la Legislación Antioqueña y de la actual.*

Señores Magistrados:

Como resumen de mi alegación oral en el juicio ordinario del señor Rafael A. Pérez, contra los señores Luciano y Carlos Santa María y otros, formulo en seguida las consideraciones que creo de mi deber exponeros para que las tengáis en cuenta al decidir sobre los importantísimos intereses confiados a vuestra protección como juzgadores.

## I

Lo primero que debe tenerse en cuenta al estudiar este negocio, es la clase de legislación aplicable a los hechos que se estudian; y para esto es necesario a la vez tener presente el hecho de que las partes están acordes en que la acequia de los señores Santa Marías quedó definitivamente establecida desde el año de 1868. Además de esto, ha logrado establecerse de una manera satisfactoria que el servicio del agua se ha hecho sin interrupción ninguna desde dicho año de 1868 hasta el presente. Dados estos hechos, es necesario estudiar la legislación que regía acerca de esta materia de aguas en los años de 1868 y siguientes, pues estaría fuera de todo sentido jurídico el aplicar el actual Código Civil, que tan solo empezó a regir en la mitad del año de 1887, según lo dispuesto por la Ley 57 del 15 de Abril de ese año. Dejemos establecido, desde luego, que el Código Civil Nacional sancionado el 26 de Mayo de 1873, rigió desde entonces *únicamente* para los territorios administrados por el Gobierno de la Unión y no para los Estados, y que en estos, ya en la forma unitaria de la Nación, sólo puede aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad al mes de Julio de 1887. Debemos empezar entonces por el estudio de la legislación antioqueña.

## II

La *legislación antioqueña* en todo lo que se refiere a servidumbres y propiedad de aguas, así como al simple uso de éstas, abarca cuanto el legislador estimó digno de sus previsiones y contiene una legislación completa sobre la materia. Por esta razón y por lo que dispone el artículo 2746 del Código Civil, desde el día en que éste empezó a regir, quedaron derogadas, aun en la parte en que no eran contrarias a las disposiciones contenidas en el mismo Código, «las leyes anteriores concernientes a las materias de que en él se trata».

«En consecuencia,—dijo el expresado artículo—las controversias y los pleitos acerca de actos ejecutados, de derechos ad-

quiridos, de obligaciones contraídas o de contratos celebrados desde dicho día relativos a las expresadas materias, se decidirán con arreglo a las disposiciones de este Código; . . . »

Como la materia de servicio, uso y servidumbre de aguas comunes y públicas, de propiedad sobre las aguas, de aluvión, acesión, etcétera, *está reglamentada* en el Código Civil Antioqueño, no se puede poner en duda el hecho de que la legislación española relativa a esta misma materia, quedó derogada por la disposición del mencionado artículo 2746.

El Código Civil antioqueño *comenzó a regir* el día 1.º de Enero de 1865; de modo que bajo sus disposiciones legales se hizo la acequia llamada de los Santa Marías y se puso a correr por ella el agua del arroyo La Chiquita, y bajo su reglamentación se continuó el uso y servicio de este arroyo hasta el mes de Julio de 1887, en que empezó a regir el Código Civil Nacional. Así viene a resultar que los dueños de la finca de Niquia establecieron el servicio de aguas de La Chiquita y gozaron de él durante no menos de *diez y nueve años*, es decir, desde 1868 hasta 1887, bajo la reglamentación establecida por el Código Civil antioqueño. Dicha reglamentación verdaderamente *es en el fondo la misma* consagrada en el Código Civil Nacional; pero débese advertir que tiene diferencias cardinales y que pueden ser decisivas para el juzgamiento de este negocio. Esas *diferencias consisten* en que en el Código antioqueño *faltan* los artículos 677 y 892 del Código Civil Nacional.

Vosotros sabéis muy bien, señores Magistrados, que el Código Civil antioqueño fue tomado del Código Civil de Cundinamarca, como todos los demás Códigos Civiles de la antigua Unión Colombiana, y sabéis también que el Código Civil de Cundinamarca fue copiado del Código Civil Chileno, con breves modificaciones, entre las cuales son pertinentes en la materia de que estamos tratando, las que consisten en haberse suprimido del Código de Chile los principios consagrados en los artículos 595 y 834 de dicho Código de Chile, Arts. que fueron reproducidos después en los que he mencionado atrás del Código Civil Nacional.

Como se puede ver en los párrafos décimo y undécimo de la demanda del señor Rafael Pérez, el principal fundamento de dicha demanda se deriva de que la finca de los señores Santa Marías no es predio ribereño de la quebrada La Chiquita, de donde ellos toman el agua, y de que el agua tomada no vuelve a su cauce natural dentro de la finca en que se hizo la toma. Estos enunciados corresponden a los fundamentos de derecho en los cuales, sin explicación alguna se mencionan en primer término los artículos 677 y 892 del Código Civil Nacional, como si estas disposiciones y las demás citadas hubieran estado vigentes en el país desde la época en que se estableció la acequia. Como acabo de afirmarlo, los principios jurídicos contenidos en los artículos 677 y 892 del Código Civil actual, *no están incluidos* en el Código Civil antioqueño, y no pueden aplicarse a hechos ocurridos *veinte años antes* de que dichos principios empezaran a regir en esta sección de la República. De estos principios se deducen las siguientes consecuencias:

1°. Que la exageración jurídica o mejor dicho semi-jurídica, según la cual de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 677 del Código Civil Nacional, es un bien nacional de uso público cualquier aljibe que atraviese dos predios, lo mismo que su cauce correspondiente, *no es viable* de acuerdo con el Código Civil antioqueño, porque en él no existe la disposición que diga que son bienes nacionales de uso público las aguas que corren por cauces naturales. Mas adelante tendré ocasión de demostrar que tal exageración no está conforme con una interpretación correcta del artículo 677.

2°. Que de acuerdo con los principios del Código Civil antioqueño, quien se sirve de aguas que corren por una heredad no está obligado a volverlas al cauce natural antes de salir de la heredad.

3°. Que contra la prescripción consagrada en favor del dueño de una heredad inferior, *sea esta ribereña o no*, no puede alegarse el principio de la imprescriptibilidad de los bienes nacionales de uso público, ya que el Código Civil antioqueño no les da la calidad de bienes nacionales de uso público a los arroyos de menor cuantía, que aunque atraviesen dos o más predios, no se prestan para servicios públicos.

### III

El régimen de aguas durante la legislación antioqueña, puede establecerse claramente, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

Son *aguas de propiedad particular* las que nacen en predio de un individuo determinado, mientras discurren por dicho predio. Esta regla se deduce del artículo 911 de dicho Código antioqueño, el cual consagra para los predios inferiores nada más que la servidumbre pasiva, con el fin de que dejen correr el agua por su curso natural. El predio inferior está sujeto a recibir las aguas sin que le sea permitido hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural. Al legislar se hizo necesario establecer la servidumbre, porque se reconoció el dominio del predio superior sobre el agua que nace en él. Es una servidumbre que consagra la propiedad del agua en favor del predio dominante.

Son *aguas de uso común*, las que después de salir del predio en donde nacen atraviesan otros predios o les sirven de límite. Los artículos 912 y 913 reglamentan el uso que los dueños de los predios atravesados o limítrofes pueden hacer de las aguas que corren por ellos o que los separan, uso restringido: 1°. por la prescripción cumplida en favor del dueño de una heredad inferior; 2°. por contravención a las leyes y acuerdos sobre navegación o flote o a las reglas de distribución de aguas, cosa que no exige que las aguas de que se trata sean navegables o flotables, puesto que las aguas que no tienen esta calidad contribuyen a darla a otras mayores, y puesto que la disminución de su caudal entraña la sequía de los caudales navegables, y 3°. cuando las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino.

Las *aguas de uso público*, que son las navegables o flota-

bles, sometidas a las servidumbres públicas que consisten en la navegación, en las necesidades de la navegación que obligan al servicio de las riberas—Arts. 915 y 916—y el derecho de pesquería, art. 711, fuera de las demás consagradas en las leyes sobre navegación fluvial.

Consagrada por el Código Civil antioqueño la prescripción de diez años en favor del dueño de una heredad inferior, computada desde que se han hecho obras para dirigir las aguas hacia dicha heredad, y consagrada para ejercitarse sobre las aguas que atraviesan varias heredades, lo mismo que sobre las que corren por entre dos o más heredades, es evidente que de acuerdo con la legislación antioqueña se podía construir un canal de derivación sobre aguas de uso común, para llevar el agua a una heredad inferior, sin que pueda alegarse que heredades inferiores son únicamente las que quedan más abajo en la misma ribera del mismo arroyo, porque la ley no distingue: su prescripción es absoluta y aprovecha a todos aquellos que estén en un plano inferior, ribereño o no. Supongo que nadie osará negar que la finca de Niquía es un predio inferior con respecto a aquella en que se toma el agua; de otra manera, ésta no iría naturalmente hasta el molino de los Santa Marías.

La doctrina que acabo de exponer con respecto al Código Civil antioqueño es una deducción lógica de las disposiciones legales que sobre la materia contiene dicho Código. Además de esto, tiene la ventaja de que es una continuación del estado legal de cosas existente en esta sección de la República, cuando empezó a regir el Código antioqueño. Ese estado legal lo fijaba entonces la legislación española, cuyas prescripciones deben siempre tenerse en cuenta, porque fundaron derechos adquiridos que ni la legislación antioqueña ni la actual podrían desatender. En atención a esto, conviene estudiar someramente los rasgos generales de la legislación española sobre este asunto de las aguas, tanto más cuanto que la legislación chilena, que sirvió de base a todos los códigos civiles de nuestra República, fue tomada en su mayor parte de la misma legislación española, y sólo excepciones como las que contiene el artículo 892 del Código Civil nacional, tomado del artículo 644 del Código francés, desvían de dicha legislación española.

### IV

Al estudiar la *legislación española* sobre este asunto de aguas, como las leyes de Partidas son un poco oscuras y las otras leyes españolas nada tienen sobre el particular, que sea digno de notarse, lo más acertado será atenernos a lo que sobre esta materia indica don Joaquín Escriche, en su célebre Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.

Según este autor, el derecho español divide las aguas en tres clases, a saber: 1°. Aguas de propiedad particular; 2°. aguas de propiedad común y 3°. Aguas que pertenecen al público.

Las aguas de propiedad particular comprenden las dos clases que se ven en estos párrafos.

A) — «Todo propietario puede abrir en su casa o heredad

fuelle o pozo de agua, aunque por esta causa se disminuya o falte del todo el agua de la fuente o pozo del vecino, quien sin embargo tendrá derecho para impedir la obra o demandar que se ciegue o destruya cuando aquel la hiciere sin necesidad o con intención de perjudicarle; Ley 19, Tit. 32 partida 3<sup>o</sup>.» (la cual dice así: «Fuente o pozo de agua habiendo algún home en su casa, si algunt su vecino quisiese facer otro en la suya para haber agua et para aprovecharse dél, puédelo facer et non gelo puede el otro vedar, como quier que menguase por ende el agua de la su fuente o del su pozo, fueras ende si este que lo quisiese facer non lo hobiese meester, mas se moviese maliciosamente por facer mal o engaño al otro con entención de destajar o de menguar las venas por do viene el agua a su pozo o a su fuente; ca' entonce bien lo podrie vedar que lo non feciese: et si lo hobiese fecho, podríegelo facer cerrar; ca dixieron los sabios antiguos que las maldades de los homes non las deben las leyes ni los reyes sofrir nin dar pasada, ante deben ir siempre contra ellas»).

B) — «El que tiene una fuente en su heredad puede hacer de ella el uso que más le acomode, porque la fuente es suya como parte del predio». Esta regla la saca el Sr. Escriche de la definición del dominio que trae la Ley 1<sup>a</sup>. Tit. 28 partida 3<sup>a</sup>. (La cual reza esto: «Señorío es poder que home ha en su cosa de facer della et en ella lo que quisiere segunt Dios et segunt fuero»).

Del estudio que el Sr. Escriche hace en el párrafo 2<sup>o</sup>. del capítulo «AGUA» se ve que las reglas relativas al *agua de propiedad particular*, se refieren a fuentes que corren por cauces naturales y que salen del predio en donde nacen para recorrer otros predios; de modo que esos otros predios están sometidos a la servidumbre de dejar descender el agua ajena, sin perjuicio de que el dueño del predio en donde el agua nace quede expuesto a las limitaciones de su dominio sobre dicha agua, ya ellas se hagan por convenio, por testamento o por prescripción, exactamente lo mismo que estatuye nuestro derecho respecto de las aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad, según la inteligencia que algunos comentadores han dado al inciso 2<sup>o</sup>. del Art. 677.

Las aguas que pertenecen al público y las de uso común, se distinguen según se ve en los párrafos tercero y cuarto del estudio a que me he referido, por estas indicaciones: Las *aguas públicas* son las de los ríos que por sí o por accesión con otros, siguen su curso hasta el mar y son aguas de que nadie puede aprovecharse sin licencia de la autoridad, mientras que las *aguas de uso común* son las que, en saliendo del predio en donde nacen, se hacen corrientes, «y pertenecen como cosas comunes al primero que las ocupa, en cuanto tiene necesidad de ellas». «Los primeros que pueden ocuparlas, agrega el Sr. Escriche, son los dueños de las heredades que aquellas bañan o atraviesan».

Vueltas comunes las aguas por el hecho de atravesar o servir de límite a dos o más heredades, el uso de ellas se distribuye entre los dueños ribereños por igual, salvo los convenios y las prescripciones que se verifiquen de unos para con otros.

Respecto de terceros que no son ribereños el Sr. Escriche asienta la regla décima, que dice:

«No puede el ribereño, sin consentimiento de los demás ribereños interesados, conceder a un tercero en perjuicio de ellos la facultad de tomar agua en la misma corriente o en su predio; ni servirse él mismo del agua para regar otra heredad que le pertenece, pero que no está situada en la ribera; bien que este derecho puede adquirirse por prescripción».

Se deduce de aquí rectamente que el Derecho español permitía a terceros no ribereños adquirir derecho de tomar aguas comunes, o por arreglo con los ribereños, o por prescripción.

En resumen me parece una cosa perfectamente clara la de que el derecho español anterior a nuestros códigos, no refería a la propiedad del Estado y al uso del público sino las aguas mayores, navegables o no navegables, que forman el mayor torrente que se dirige al mar; y respecto de las otras hacía esta diferenciación: 1<sup>o</sup>. El dueño de una heredad lo es también de todas las fuentes que nacen en ella; y 2<sup>o</sup>. una vez que dichas fuentes salen de aquella heredad en que nacen y atraviesan otros predios o les sirven de límite, esas fuentes vienen a ser fuentes de uso común repartidas entre los dueños ribereños según las reglas establecidas, y susceptibles de prescripción, tanto por los dueños de predios ribereños cuanto por los dueños de predios que no lo sean. El arroyuelo La Chiquita, no es de los que van al mar. Como vosotros tuvisteis ocasión de verlo, es un manantial afluyente de la quebrada García, la cual a su vez es un afluyente del río Medellín. Reune todas las condiciones de las corrientes de agua de menor entidad que, como dice el Sr. Escriche «pertenecen como cosas comunes al primero que las ocupa, en cuanto tiene necesidad de ellas». Evidentemente la quebrada Chiquita no va por sí hasta el mar. Si en el año de 1867, como se ha demostrado de una manera satisfactoria, ambas orillas del arroyo en referencia pertenecían al señor Antonio Gutiérrez Arango, desde arriba de la toma de los Santa Marías hasta muy abajo del desemboque de La Chiquita en la García, el señor Gutiérrez Arango bien podía enajenar su derecho de tomar el agua, o repartírselo con los Santa Marías, como en efecto se lo repartió, de tal manera que, según el recibo firmado por el mismo señor Gutiérrez, este declara que él ensanchó y aumentó la acequia «por correr por ella agua de mi pertenencia», según lo dice él mismo (Fo. 87 C. P.), no hay duda ninguna de que los Santa Marías tomaron el agua mediante arreglo con el único ribereño a quien ese hecho podía perjudicar y de acuerdo con él. Todavía existe la asequia por donde el señor Gutiérrez tomó parte del agua de los Santa Marías para llevarla a la casa que hoy habita el señor Pérez, hecho éste que confirma la veracidad del recibo y lo hace indiscutible.

V

Por si alguno supusiere que en el año de 1867 regían en Antioquia los principios españoles que determinan cuáles son las aguas de propiedad de la Nación, se puede contestar sencillamente que la toma de los Santa Marías se hizo en una corriente

de agua de las que entonces eran comunes de los dueños ribereños, y no de la Nación, y q' la prescripción se surtió con arreglo a las disposiciones de los artículos 911 y siguientes del Código Antioqueño vigente a la sazón, ya que entonces no existía el principio consignado en el artículo 892 del Código Civil actual, que ordena volver el agua a su cauce natural, a la salida del fundo, y si es que se resuelve sustituir ese principio con los que contuviera la legislación española. No siendo entonces el manantial de «La Chiquita» un bien del dominio de la Nación y de uso público, sino un bien común, su uso estaba reglamentado por las disposiciones del Código Civil Antioqueño sobre servidumbres legales, sujeto a las prescripciones de que allí se habla, de las cuales podían aprovecharse los terceros no ribereños. Mas puede aún suponerse que en 1867 estuviera absolutamente abrogado el derecho civil español por el artículo 2746 del Código Civil Antioqueño, como lo he sostenido atrás, que empezó a regir el 1º de Enero de 1865. En caso tal, sin los obstáculos que proporciona hoy la inteligencia y aplicación del artículo 677 del C. Civil actual, de acuerdo con el Código Civil Antioqueño es perfectamente claro el derecho de los señores Santa Marías, porque ni existía entonces artículo alguno que dijera que todos los cauces naturales son bienes de la Nación de uso público, ni regía el artículo 892 del Código Civil actual que le ordena a quien usa el agua, volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida de su fundo.

Es cosa digna de la atención del juzgador inteligente el hecho de que los Códigos de los Estados, al copiar el Código Civil Chileno, hubieran suprimido el artículo que corresponde al 892 del Código Civil Nacional. Así lo hizo el Código Civil de Cundinamarca del año 1859, y los de los demás estados que, como el de Antioquia, no hicieron otra cosa que copiar el de Cundinamarca.

Tenemos, en resumen, lo siguiente: 1º Que cuando se estableció la acequia de los Santa Marías no regía en Antioquia el artículo 677 del Código Civil, el cual se aplicó de 1873 para adelante, hasta 1887, únicamente a los territorios de la República, como lo dice expresamente el mismo artículo, y desde 1887 a toda la Nación.

2º Que en la misma época en que se estableció la acequia de que vengo hablando no existía el artículo 892 del Código Civil actual, y por consiguiente, al tomar agua de un manantial, no había obligación de volver el sobrante a su acostumbrado cauce a la salida del fundo. Podía el agua distraerse y derramarse muy lejos del cauce natural.

3º Que prescindiendo de las dos disposiciones anteriores, queda la reglamentación de la servidumbre llamada en nuestro Código de uso de agua, sujeta únicamente a las disposiciones del Código Civil Antioqueño, en todo semejantes a la actual legislación nacional, salvo que en él no existen las dos disposiciones de que he hablado atrás, disposiciones que son precisamente las que restringen ese uso y que algunos toman como base, sin razón por supuesto, para negar el uso de las aguas a individuos que no son ribereños.

Porque, en verdad, la disputa cardinal de este pleito es ésta: ¿Puede o no un dueño de un predio que no es ribereño, adquirir por prescripción o por arreglo con otro ribereño, sin otra formalidad, el uso de una parte de un agua de las que atraviesan varios predios por cauce natural, pero de las de menor importancia?

Esta pregunta me parece claramente resuelta de una manera afirmativa con vista de las disposiciones legales del derecho español y del Antioqueño vigente éste desde 1865 hasta 1887.

Acerca de este punto solo me falta advertir que los derechos adquiridos conforme a una legislación anterior, quedaron aceptados por el artículo 684 del C. Civil Nacional el cual dispone que no obstante lo prevenido en el capítulo relativo a los bienes de la Unión y al dominio de ésta sobre los ríos, lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares, de acuerdo con la legislación anterior a este Código. (La legislación española no vino a quedar derogada de una manera terminante y expresa, sino por el Art. 15 de la Ley 153 de 1887).

Debo también llamar la atención de los señores Magistrados, hacia este punto: Los comentadores del Código Chileno, hablando del artículo 605 de dicho Código, que es igual al 684 del Civil Nacional, manifiestan la opinión de que en esta materia no hay derechos adquiridos contra el Estado, sino entre los particulares, pudiendo siempre el Estado retocar y renovar las disposiciones legales relativas al uso de los bienes públicos; pero en mi concepto esto no significa que se puedan volver bienes públicos los que eran bienes comunes o particulares. Por consiguiente, como de acuerdo con la legislación española, las fuentes eran de propiedad del dueño del predio en que nacían, hasta salir del fundo, aunque luego recorrieran varios predios y se convirtieran en ríos navegables, dichas fuentes y las aguas de cauce artificial construido a expensa ajena, de que habla el Art. 895 del C. Civil Nacional quedaron siempre de propiedad particular. Dicha propiedad autorizada por legislación anterior, quedó sancionada por la vigente en la actualidad de acuerdo con el Art. 684, el cual ampara, como lo he dicho, los derechos de uso y de propiedad adquiridos sobre los bienes nacionales por prescripción u otro título y también la propiedad absoluta de ciertas aguas, en cuanto esa propiedad fue sancionada por legislación anterior. Tampoco las fuentes de uso común conforme al derecho español pudieron tornarse en fuentes de propiedad del Estado, por impedirlo el mencionado artículo 684.

## VI

Al examinar la *legislación colombiana actual*, se debe observar que está informada por la tendencia misma del Código Chileno, el cual quiso recuperar para el Estado las fuentes naturales, con el fin de que se pudiera legislar libremente sobre ellas, sin que se interpusieran derechos adquiridos en el porvenir por los particulares, pero al mismo tiempo con la consagración del respeto para los que hubieran sido adquiridos en el pasado conforme a la legislación anterior. Se quiso reservar para el público en general el dominio y uso de ciertas aguas.

Mas esto *no puede decirse* de todas las aguas, sino solamente de aquellas *que se prestan a un uso común* o a un uso público; de modo que de la misma naturaleza de las cosas se ha desprendido de hecho en las legislaciones modernas, la división entre aguas particulares, aguas de uso común y aguas de uso público. Esta es la división preponderante, como puede verse por las referencias que hacen los comentadores conocidos entre nosotros.

Y es que, efectivamente, *la naturaleza misma de las cosas* indica de una manera irrefragable: 1° Que no se puede considerar como de uso público, ni siquiera de uso común, una fuente que nace dentro de un predio, en tanto que no ha salido de él, y en tanto que su dueño no ha dejado poner limitaciones a sus derechos, pues sería absurda la entrada a un predio de dominio particular, sin más ni más, a ejercitar derechos de uso público o de uso común en la fuente que nace en tal predio y este mismo absurdo hace que por encima de toda consideración esa clase de fuentes pertenezcan en propiedad al dominio particular. 2° Que las fuentes secundarias que atraviesan varios predios o les sirven de límite, por el hecho mismo de ser escaso su caudal de aguas, son fuentes que no pueden prestar uso público de ningún género, y los mismos hechos determinan que es imposible aplicarles una legislación que reglamente el uso de sus orillas, cuando no tienen playas, ni es posible su navegación por el público, cuando es imposible lanzar a ellas barcos de especie alguna. 3° La última clase está determinada por la naturaleza misma de las cosas y por la diferencia que hay, como dije en otra ocasión, entre un amagamiento de media paja de agua que atraviesa dos predios de a una hectárea, cada uno, o que les sirve de límite, y el río Magdalena.

Visto el espíritu que informa la clasificación de los bienes de uso público y las reservas que sobre dichos bienes ha hecho el Estado, se comprende con facilidad que dicho espíritu sólo tiene eficacia en cuanto se trate de bienes verdaderamente susceptibles de uso público. Si paramos la atención en las reglas establecidas por el Código Civil, según los artículos 678 a 682, 897 y 898 vemos que las precauciones, reglamentaciones y reservas legales no pueden referirse en manera alguna sino a los ríos, lagos, calles, plazas, playas y demás bienes que se presten para un uso público; al mismo tiempo que la naturaleza de las obras que detallan estos artículos indica que esas precauciones, reglamentaciones y reservas no pueden aplicarse a las fuentes menores en que de hecho es imposible el uso público.

Contra este modo de considerar las cosas se pretende oponer las definiciones que contiene el Art. 677 del Código Civil, artículo que como lo he dicho antes, rige en la Nación tan sólo desde Julio de 1887.

Al examinar la trascendencia de esa disposición legal, que algunos juristas aplican como si ella se prestara a una sencilla y fácil interpretación, lo primero que hay que considerar es que esa disposición es *muy oscura y que se presta a interpretaciones diversas*, como lo vamos a ver.

«Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales

—dice el mencionado Art. 677 del Código Civil Nacional—son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios».

«Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños».

Al estudiar este artículo, dice el Dr. Vélez en su obra sobre el derecho civil:

«Acerca de esta excepción, leemos en las Memorias y Discursos sobre el Código Civil Chileno: «Imposible es encontrar una explicación satisfactoria a este último inciso; ni podríamos estudiarlo en el proyecto primitivo del Código, porque todo el artículo aparece agregado en la revisión. Propónese aquel inciso el caso de vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, esto es, de aguas que atraviesan en toda la extensión de su corriente terrenos de un solo predio; y legislando sobre ellas, asigna su propiedad, uso y goce a los propietarios riberaños, como si se tratara de fundos arcifinios. El señor Bello ha dado la única explicación que tiene el inciso, pero explicación que está reclamando una declaración legislativa: la propiedad, uso y goce de tales aguas pertenecen al dueño de las riberas y pasan con estas riberas a los herederos y demás sucesores del dueño. Donde la ley dice *queños*, debe decir *dueño*».

He copiado el texto anterior, para que se vea que la interpretación acostumbrada del Art. 677, exige una variación en el texto de la ley, variación que puede no ser necesaria si a las palabras del texto se da otra interpretación. Más justo, más razonable, es interpretar una ley que variarla.

En efecto, si preguntamos por qué se hace necesario al interpretar la ley, cambiar su texto, poniendo *dueño* donde dice *dueños*, encontramos fácil respuesta en el exámen del sentido en que está tomada la palabra *heredad*.

Esta palabra, según el diccionario de la lengua, tiene dos sentidos: *uno subjetivo y otro objetivo*; en el primero significa porción de terreno perteneciente a un mismo dueño; en el segundo indica hacienda de campo, bienes raíces. Y si se nos ocurriera decir que el vocablo está tomado en sentido únicamente jurídico, y que el sentido jurídico se expresa por la definición que da el señor Escriche en su Diccionario de Jurisprudencia, tendríamos que heredad sólo significa «porción de terreno cultivado:—y antiguamente hacienda de campo, bienes raíces o posesiones—, como también herencia». Esto querría decir que la palabra heredad empleada en el Art. 677 no significa terreno perteneciente a un solo dueño, sino bienes raíces, o posesiones, o hacienda de campo, y entonces no hay absolutamente ninguna necesidad de reformar la ley para entenderla: las aguas que atraviesan varias posesiones o haciendas de campo o región cultivada que pertenece a distintos dueños, son de propiedad de dichos dueños y su uso y goce, lo mismo que su dominio, pasan con dichas riberas a los herederos y sucesores de los dueños. Obsérvese de paso que el reproductivo *éstos* de nuestro Código es una equivocación de copia como puede observarse en

el original, que es el artículo 695 del Código Civil chileno, en donde con el reproductivo *éstas*, se habla de las riberas. Para que haya dueños y riberas, así en plural, y para no tener que modificar el artículo, es necesario entender que la palabra heredad expresa región cultivada. Según esta interpretación, que tiene la ventaja de no haber necesidad en ella de modificar la ley, no habría más aguas nacionales de uso público, sino los ríos navegables o las aguas que por sí o por accesión con otras, como dice el señor Escriche, siguen su curso hasta el mar. Esta interpretación tiene además la ventaja de hacer coincidir nuestra legislación con sus fuentes informativas, que lo fueron la Española y la Francesa.

Fuera de ésto quedaría suprimida en nuestra legislación la irregularidad desconcertante que hay en ella y que hace difíciles de entender sus disposiciones sobre aguas, anomalía que consiste en haber variado el principio fundamental que contienen las legislaciones francesa y española, y no haber variado la reglamentación que ellas traen. En otros términos: al adoptarse el Art. 677 con que algunos pretenden que se cambiaron los principios fundamentales de las legislaciones francesa y española, nuestro Legislador ha debido variar consecuentemente las demás reglamentaciones, porque era absurdo conservar las reglamentaciones relativas a aguas comunes, en un régimen en que no hay sino aguas de propiedad particular—las que nacen y mueren en la propiedad de un mismo dueño—y aguas de uso público. Con esta antinomia ha venido a resultar que nuestra legislación diga una cosa que no es exacta: Que el público tiene derecho de tránsito por las orillas de todos los amagamientos y de navegación, abrevadero, etc., en aljibes en que es imposible siquiera lavarse los pies, porque su caudal de agua no alcanza para tanto.

Sería demasiado larga la enumeración de los absurdos y contradicciones que surgen de considerar los amagamientos de escasa cantidad de agua como bienes nacionales de uso público. Sin embargo se pueden enumerar algunos por curiosidad; pero para que resalte más el disparate, al enumerarlos es necesario tener presente algún ejemplo concreto. Para el caso pueden servir la quebrada «La Loca» en Medellín y el río «San Agustín» en Bogotá.

Tenemos que según el Art. 690 del C. Civil se puede pescar libremente en los ríos y lagos de uso público. El Art. 898 del mismo Código impone a los dueños de las riberas la obligación de dejar libre el espacio para la navegación o flote a la sirga, y a tolerar que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, etc. Los Arts. 678 y siguientes de la misma obra, hablan de las que se construyan en las playas de los ríos y dentro de éstos. ¿No es verdad, señores Magistrados, que causa risa el oír hablar del uso público de esos ríos que están cubiertos, en parte considerable por casas particulares de individuos que a nadie le han pedido permiso para edificar?

Otra prueba de la exactitud de la teoría interpretativa que he sostenido en este juicio, se forma, si de las reglamentaciones de la ley tratamos de deducir los principios fundamentales con-

signados en el Código. Efectivamente las reglas que acabo de citar contenidas en los Arts. 678 a 682, 690, 697 y 698, que son las disposiciones reglamentarias del uso público que se puede hacer sobre los ríos, se refieren por su naturaleza misma, únicamente a ríos navegables y a aguas mayores que por sí o por accesión con otras van hasta el mar. Eso es lo que llama el Código Civil *uso público* y de esa calidad son las reglamentaciones de tal uso, inaplicables a fuentes menores.

Por otra parte las disposiciones contenidas en los Arts. 891 a 895, salvo el numeral segundo del Art. 893, tiene una *reglamentación tan sólo aplicable* a aguas que son de propiedad de uno o de varios individuos o, en otros términos, se refieren a las aguas de propiedad privada y a las de propiedad común. Es tal y tan decisiva la reglamentación legal de una materia sobre su definición misma, que así como la definición no puede conducir por sus términos literales a hechos imposibles, según lo acabo de demostrar, o a cosas que la reglamentación varía, de la reglamentación y de las posibilidades de hecho, se puede ir a la definición sin que la ley la contenga. En otros términos, así como la definición del Art. 677 es incapaz para establecer uso público sobre aljibes que atraviesan dos predios pequeños, de la reglamentación sobre lagos se puede deducir, aunque la ley no lo diga, cuáles son los lagos de uso público y cuáles son los de uso particular. Sería absurdo que se considerara como bien nacional de uso público un lago hacia el cual concurren dos o más propiedades, desprovisto de vías públicas que desemboquen en él y cuya navegación sea imposible aun por pequeñas embarcaciones. Hablar respecto de tales lagos de uso y goce para el tránsito, riego y navegación o del aprovechamiento de sus playas, sería dar señales de evidente chifladura; pero no sucedería lo mismo si al mencionar tales cosas y derechos nos referimos a los lagos navegables por buques de más de cien toneladas, los cuales son bienes nacionales, de acuerdo con el Art. 596 del Código Civil chileno. Este artículo no lo tiene nuestro Código; pero tiene para los lagos y sus playas, para la propiedad de las islas que en ellos se formen y para el uso que de sus aguas puede hacerse, algo que acordado con la verdad de los hechos, viene a dar como resultante racional y jurídica, una definición semejante a la que trae el referido artículo del Código chileno: los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas, son bienes nacionales de uso público; los demás, en cuyas riberas comparten lindes varios predios particulares, son de uso común de los ribereños, mientras que aquellos lagos menores que están incrustados dentro de la propiedad de un solo dueño, siendo, por otra parte, accesibles a la navegación por buques de cien o más toneladas, pertenecen al dueño del predio en que están situados.

La reglamentación que contienen los artículos 891 y siguientes del Código Civil, define de una manera muy clara el uso de las aguas y entraña a la vez una modificación del principio consignado en el Art. 677 de la misma obra. Según esa reglamentación tenemos una diferenciación de derecho que corresponde

exactamente a la teoría que he venido sosteniendo desde un principio, en esta forma:

a) El Art. 891 se refiere íntegramente a las *aguas que nacen en un predio* y pasan a otro u otros. Respecto de ellas establece la ley el dominio en favor del dueño del predio en donde nacen, tal cual lo establecería el derecho español, porque esas aguas quedan comprendidas en la definición del dominio correspondiente al predio; la ley no hace otra cosa que establecer para el predio inferior la obligación de recibirlas, siempre que vengan por su cauce natural, es decir sin que la mano del hombre contribuya a modificar los hechos, dirigiendo sobre el predio vecino albañal o acequia. La disposición a que me refiero establece que la servidumbre natural no admite estorbos en el predio de abajo ni agravaciones en el predio de arriba. En ese artículo está reglamentado el servicio de un agua que sale de un predio y pasa a otro. Allí es imposible, porque la ley no lo autoriza, ni el uso público, ni el uso común.

b) Los Arts. 892 y 893, reglamentan el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las *aguas que corren atravesán dola*, uso que se extiende al riego de la heredad, al movimiento de molinos u otras máquinas y al abrevadero de animales. Este uso tiene las tres limitaciones de que habla el Art. 893, cuya redacción reproduce evidentemente el mismo caso del Art. 892.

c) El Art. 894, contempla, por último, el caso de aguas que corren *por entre dos heredades*, caso que tiene las mismas limitaciones, enteramente las mismas, del caso anterior.

Como se ve, la Legislación civil vigente, en su reglamentación concreta no hace diferencia entre las fuentes que nacen y mueren dentro de una misma heredad y las que nacen en un predio y pasan a otro de distinto dueño: de ambas fuentes puede hacer uso el dueño del predio que las abarca *como de cosa propia* sin que pueda pasarlas a predio ajeno por cauce artificial, cualquiera que sea el objeto con que lo haga, de otra manera que obteniendo la servidumbre de acueducto del predio que ha de recibirlas. Al mismo tiempo, constituida tal servidumbre, ambas fuentes pueden llevarse a predios distintos de aquel en donde nacen, y respecto de ambas se puede decir que el dueño del predio inferior está obligado a recibirlas, siempre que vinieren por el cauce natural.

En cuanto las fuentes han salido del predio en donde nacen, quedan convertidas en fuentes de uso común para todos los predios que atraviesan o que sirven de límite, o en fuentes de uso público, si son susceptibles de la navegación, en virtud de las servidumbres legales relativas al uso público, según la establecen los Arts. 897 y 898 y los Arts. 678 y siguientes del Código Civil.

## VII

Respecto de aguas que corren por un *cauce artificial*, no es difícil establecer una doctrina clara deducida de la anterior interpretación general y de las reglas consignadas en el C. Civil vigente. Estas reglas son:

La primera, consignada en la disposición del Art. 683, establece que no se podrán sacar *canales de los ríos* para ningún objeto industrial o doméstico, sino con arreglo a las leyes respectivas.

La segunda proviene de la autorización contenida en los arts. 893, numeral 1º. y 894, para limitar el *uso común* por la prescripción y por otros títulos, como los convenios particulares, ya sean en favor de propietarios ribereños, *ya en favor de terceros*, porque la ley no distingue.

La tercera, es la contenida en el Art. 918, relativa a las *mercedes de agua* que se conceden por autoridad competente y que no vengan en menoscabo de derechos adquiridos.

La cuarta está establecida en favor de *un pueblo* que carezca de las aguas necesarias para los menesteres de sus habitantes, según el número 3º. del Art. 892.

La quinta y última la autoriza el artículo 1001 del Código a que vengo refiriéndome, para el dueño de predios *no ribereños* sobre las aguas que pasan por otras heredades o que van a otros establecimientos.

Veamos el modo de aplicar estas doctrinas:

Si se trata de *sacar un cañal* derivado de un río navegable, que por lo mismo es de uso público, como ésto no se puede hacer sino con arreglo a las leyes respectivas, el que tal intentase tendría que observar las leyes y ordenanzas relativas a la navegación o flote, que serían las leyes sobre navegación fluvial. Si no hay en estas prohibición alguna, podrían estorbarlo los individuos que hacen uso del río correspondiente; y si se quiere proceder de acuerdo con la autoridad, habría que solicitar una merced de aguas, que sólo podría otorgarla el Congreso. Esta sería la interpretación correcta y la aplicación justa de los artículos 683, numeral 2º. del artículo 892 y 918.

El Artículo 683 citado, parece ser tomado de la Ley 8ª. Título XXVIII, Partida Tercera, que dice: «Molino, nin canal nin casa, nin torre, nin cabaña nin otro edificio ninguno non puede home facer nuevamente en los ríos por los cuales los homes andan con sus navios nin en las riberas dellos, porque se embargase el uso comunal de los homes. Et si alguno lo ficiese hi de nuevo, o fuese fecho antiguamente de que viniese daño al uso comunal, debe ser derrivado; ca non serie guisada cosa que el pro de todos los homes comunalmente se destorvase por la pro de algunos». Justa es esta disposición, sin que contra ella prevalza el tiempo por la prescripción, y a la vez claro precedente que arroja luz decisiva para entender nuestro artículo 683.

Si la derivación se intenta practicar en agua que es de propiedad de un individuo determinado, son aplicables al caso las reglas de los artículos 892 y 893, en virtud de los cuales esas aguas se pueden adquirir por prescripción o por otro título cualquiera, exactamente lo mismo que otra parte cualquiera del dominio de inmuebles. Podría sostenerse que las aguas de dominio privado no necesitaban reglamentación especial en la ley, y que por eso no la tienen expresa. Respecto de ellas sólo se establece la servidumbre natural en favor del predio en donde nacen y contra los predios por donde naturalmente derraman las aguas;

pero respecto de su dominio, no hay necesidad de otras reglas distintas de las generales del Código. Por consiguiente, la persona que quiera tomar *para un canal aguas de dominio particular*, sólo necesita adquirirlas de su dueño y conducirlas conforme a derecho, por servidumbre convencional o legal, según fuere el caso. Claro es que si el dueño de la derivación no tiene otro título que el de la prescripción, ésta deberá demostrarse estableciendo que las obras de derivación se hicieron desde tal época. En cuanto al modo de establecer y contar esta prescripción, todos los expositores conviene en aplicar el numeral 1º del Art. 893 del Código, por asimilación y porque la expresión «aunque no sean de su dominio privado» que usa el art. 892, parece incluir en la disposición de este artículo y del siguiente, con el cual está concatenado, las aguas del dominio privado y las de uso común. Sin embargo, puede entenderse la proposición adversativa, como de presente y para especificar las aguas comunes, como si dijese: «aunque no son de su dominio privado».

Las derivaciones tomadas en aguas de *uso común*, inadecuadas para la navegación y demás usos públicos, se pueden adquirir por convenio con los dueños riberaños o por prescripción de ocho años, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 893 y con el artículo 894.

Pero si los que tienen el uso común del agua en el caso del párrafo anterior se opusieren a la derivación, la acción posesoria del Art. 1001 del Código Civil está establecida para los individuos que, no siendo ribereños necesiten establecer ingenio o molino o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial. Nuestro Código estableció ese derecho sobre aguas que van a *otras heredades*, sin someterle a permiso del Concejo Municipal, como lo hace la Ley 18 del Título XXXII de la Partida Tercera.

En todos los casos mencionados, el *dueño de la acequia* o canal *queda dueño de las aguas* que corren por él, según lo establecido en el artículo 895 del Código, por donde deduzco que los requisitos legales de que habla dicha disposición son los indicados antes, según el caso.

Así, por ejemplo, una acequia como la de los Santa Marías, tomada de una fuente de uso común, como La Chiquita, puede establecerse hoy de dos maneras: o por arreglo expreso con los dueños de los predios riberaños en que se hace la toma y con los dueños de predios inferiores a ésta, o por medio de la prescripción de ocho años, contada como se cuenta la de la adquisición del dominio, desde que se construyan obras aparentes; pero si los dueños de predios interesados no consienten el establecimiento de la acequia, ello puede obtenerse de la autoridad judicial según lo indica el Art. 1001, del Código Civil. Corrida la prescripción o firmado el convenio o ejecutoriada la sentencia que autorice la toma del agua conforme al artículo 1001, el dueño de la acequia se hace dueño del agua, como lo establece el artículo 895. También puede establecerse, en mi concepto, una derivación sobre aguas de uso público; pero lo que sucede con éstas es que como contra el público no hay prescripción, en

cualquier tiempo puede una acción popular o una demanda oficial hacer devolver las aguas a su cauce natural e impedir la derivación en cualquier tiempo (Arts. 1005 y 1007 del C. C.), salvo que medie concesión especial, otorgada por ley.

Como conclusión de lo anterior puede afirmarse que, conforme a nuestras leyes actuales, las *aguas que van por un cauce artificial* pertenecen en propiedad al dueño del cauce, si se ha tomado de una fuente particular, o de una fuente común, con los requisitos arriba mencionados, o si se han tomado de un río navegable, mediante concesión hecha por el Congreso. Y debo recordar aquí lo dicho en mi alegación de 1ª instancia sobre que la prueba de que un canal antiguo se hizo en contravención a las leyes, corresponde a quien disputa el dominio o el uso de las aguas canalizadas. En tal caso el transcurso de mucho tiempo establece una presunción favorable al dueño del canal.

### VIII

La mayor parte de los intérpretes de nuestra legislación han aceptado la interpretación dada por el señor Chacón, según la cual la teoría del Art. 677 del Código Civil Colombiano, que es idéntico al 595 del Código Civil chileno, se aplica en su rigor literal a todas las aguas que corren por cauces naturales, entendiendo la voz heredad en sentido subjetivo y corrigiendo el artículo de manera que donde dice *dueños* y *riberas* se lea *dueño* y *ribera* lo mismo que sucesores del *dueño* en vez de sucesores de los *dueños*, que reza el artículo. Además de esto entienden los intérpretes que una fuente muere, no donde se pierde absolutamente, sino en donde desagua en otra fuente.

Según tal interpretación, sólo las fuentes que nacen y mueren dentro de la heredad de un solo dueño, pertenecen a éste: todas las demás son fuentes nacionales de uso público, con todas las consecuencias de la servidumbre de uso público y con todas las limitaciones relativas a la propiedad del Estado.

Admitida esa teoría con todos sus caracteres absolutos y sin parar mientes en las dificultades de hecho que se presentan para ella y en que tiene como base una modificación en la redacción del artículo que le sirve de base, caben dos observaciones decisivas en pro de la causa que defiendo.

Es la primera que respecto de todas esas aguas, aunque sean nacionales y de uso público, *la ley misma aceptó la prescripción* de ocho años como limitativa de los derechos de los predios por donde corren las aguas o a que sirven de límite, prescripción de que pueden aprovecharse, no sólo los *dueños riberaños*, sino *los que no lo son* y a cuyos predios puede ser conducida el agua. A este propósito dice el señor Chacón:

«En consecuencia, los riberaños o particulares entre sí pueden enajenar y adquirir a cualquier título, perder y ganar por prescripción el derecho al uso de las aguas públicas; pero no pueden enajenar ni adquirir, perder ni ganar por prescripción las aguas mismas, porque perteneciendo su uso a todos y su propiedad a ninguno, ellas son inalienables e imprescriptibles». De modo que el señor Chacón admite la prescripción entre particulares, pero no con respecto del Estado.



Con referencia a los *terceros que no son ribeños*, el señor Chacón dice así, en la página 450 de su obra:

«Así, pues, mientras el Código francés, en protección de la agricultura, dispone que las aguas que corren por entre dos heredades sólo se empleen en el riego de los campos, prohibiendo implícitamente que se las use en beneficio de la industria, nuestro Código, en protección de la industria, permite que esas aguas puedan ser empleadas *hasta por terceros* en el movimiento de un nuevo establecimiento industrial, prohibiendo implícitamente que se las destine al riego de los campos. De este modo nuestro Código sigue e impulsa el progreso público, y no deja a la ley fuera del movimiento social y en la impotencia de secundar los desenvolvimientos de la riqueza pública, como lo hace el francés». Se ve aquí que, siendo muy estrecha la interpretación legal del señor Chacón no restringe el derecho de usar las aguas públicas, como pretenden algunos de nuestros abogados, únicamente a los ribeños. Antes bien, admite que terceros no ribeños puedan adquirir por prescripción o por convenio y en perjuicio de los ribeños, cualesquiera aguas públicas.

Es la segunda observación anunciada antes la de que el Código Civil vigente no puede modificar o arrebatar derechos adquiridos conforme a la Legislación anterior, según lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional. Todas las fincas a que se refieren los hechos que tocan con el presente litigio, son fincas que se adjudicaron a individuos particulares durante la vigencia de la ley española. Como lo he demostrado atrás, de acuerdo con dicha ley sólo son bienes de uso público los ríos, los puertos y los caminos públicos (Partida Tercera, Título XXVIII Ley VI), y en cuanto a ríos, se entiende que lo son los que por sí o por accesión con otros van al mar. Las fuentes pertenecen a los predios en donde nacen, y las corrientes que atraviesan varios predios o les sirven de límite, son aguas comunes y pertenecen al primero que las ocupa. Estas disposiciones legales fundaron ciertos derechos adquiridos que el artículo 677 del Código Civil, vigente apenas desde Julio de 1887, no pueden anular. Por consiguiente, las acequias construídas durante la vigencia del derecho español y del Código Civil antioqueño sobre aguas que no son del dominio público, dieron la propiedad del agua a los dueños de tales acequias, al cumplirse el término según el cual podía realizarse la prescripción, y constituyen un derecho adquirido que no se puede violar por una reglamentación nueva.

Además de esto, los derechos adquiridos de acuerdo con legislaciones anteriores, están expresamente consagrados en el artículo 684 del C. Civil vigente, según lo tengo ya manifestado. Este artículo asienta que «no obstante lo prevenido en este Capítulo (que titula «De los bienes de la Unión») y en el *De la accesión*, relativamente al dominio de la Unión sobre los ríos lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares de acuerdo con la legislación anterior a este Código».

#### IX

«Para interpretar el sentido de una disposición de la ley, di-

ce la Corte Suprema, Jurisprudencia T°. 1°. N°. 2028—a falta de definición legal, la sana crítica aconseja ocurrir a las fuentes de nuestro Derecho y acoger lo que enseña y está de acuerdo con el espíritu de nuestra legislación, para ilustrar las disposiciones que no sean fáciles de comprender y llenar los vacíos que en estas se encuentren.»

Todo el asiento de la demanda se cifra en que los Santa Marías toman el agua de la quebrada La Chiquita y no la devuelven al cauce natural a la salida del fundo en que se hizo la derivación y en que ese derecho no pudieron adquirirlo o sancionarlo por la prescripción por tratarse de un bien imprescriptible. «El arroyo de agua denominado La Chiquita, dice la demanda, N°. 5, recorre varios predios, y es, por consiguiente, de la Nación, de uso público en la respectiva región por donde pasa su cauce natural».

Se trata, pues, de fijar el alcance del artículo 892 del actual Código Civil colombiano. Como este artículo que fue suprimido en el Código Civil antioqueño, es igual al 834 del chileno y al 644 del francés, de donde el nuestro y el chileno fueron tomados, conviene tener presente la interpretación y el alcance que a esa disposición legal le dan quienes aplican o interpretan los códigos por donde ha pasado la disposición y que constituyen sus fuentes.

Ya hemos visto que el señor Chacón admite que el uso del agua de las fuentes de uso público y las de uso común puede adquirirse por predios no ribeños, por convenio o por prescripción, que el Código chileno fija en diez años. El señor Vera apenas toca el punto de paso y dice en el comentario al artículo 835:

«Y por qué la ley entra a poner límite al uso de las aguas públicas? En primer lugar porque el dominio es de la nación y ella solo concede el uso a los particulares y como el Estado es dueño, puede dictar reglas sobre las cuales permite ese uso.

«En segundo lugar, la conveniencia pública hace necesarias esas reglas para que el uso sea equitativo y ordenado.

«El derecho de usar de las aguas que corren naturalmente por nuestra heredad, aunque si corren por canal particular con los requisitos legales, son del dueño del cauce, pero estos derechos desaparecen en tres casos, aunque las aguas corran naturalmente:

«1°. Cuando el dueño del predio inferior ha adquirido por prescripción de diez años o por otro título derecho de servirse de las mismas aguas. Esto quiere decir que el dueño de la heredad superior puede ceder y el de la inferior adquirir por prescripción u otro título el derecho al uso de las aguas públicas que *corren* por la *primera*, pero solo en cuanto la prescripción o enajenación de ese derecho sea compatible con el carácter de dominio público inherente a dichas aguas. Los ribeños o *particulares* pueden, por tanto entre sí enajenar o adquirir a cualquier título, perder o ganar por prescripción el derecho al uso de las aguas públicas, pero en manera alguna no pueden enajenar ni adquirir por prescripción ninguna las aguas mismas, porque per-

teniendo su uso a todos, y su propiedad a ninguno, ellas son inalienables e imprescriptibles».

Este último párrafo es copiado literalmente de la obra del señor Chacón, como puede verse en la página 442, en donde dice dicho autor:

«En consecuencia, los riberaños o particulares entre sí pueden enajenar y adquirir a cualquier título, perder o ganar por prescripción el derecho al uso de las aguas públicas; pero no pueden enajenar ni adquirir, perder ni ganar por prescripción las aguas mismas, porque, perteneciendo su uso a todos y su propiedad a ninguno, ellas son inalienables e imprescriptibles».

Respecto del artículo 644 del Código Civil francés, cuya copia, como tantas veces lo he repetido, está en nuestro artículo 892, la Jurisprudencia francesa ha aceptado los arreglos que hacen los dueños de los predios riberaños con los dueños de predios que no lo son. A este propósito puede verse en la obra Sirey, Code Civil Annoté, lo que dicen las siguientes sentencias:

«Nº. 31—Un ribereño puede conceder a un tercero no ribereño su derecho de tomar agua tal cual le corresponda. Bruxelles y Grenoble. Parecer semejante de Demolombe, Aubry y Rau» &.

«33.—Los propietarios no riberaños pueden mediante trabajos constitutivos de una servidumbre continua y aparente, adquirir por prescripción el derecho de servirse de aguas para el regadío de sus propiedades, en perjuicio de los propietarios riberaños: la confección de los trabajos es suficiente para poner a los últimos en mora de conservar sus derechos, oponiéndose a la derivación de las aguas para propiedades no riberañas». Se citan como del mismo parecer a Prudhon, Duranton Hue y otros.

## X

Establecido que el arreglo privado de los ribereños con los que no lo son, son válidos para conceder a estos derechos de propiedad o de uso sobre arroyos como La Chiquita, que son de propiedad común de los riberaños, el título de los señores Santa Marías para el uso del agua de su acequia, es indiscutible, con vista:

1º. Del recibo suscrito por el señor Antonio Gutiérrez Arango el 20 de Julio de 1867, en el que se ve el arreglo hecho entre dicho señor Gutiérrez y el señor Manuel Puerta Ortega, para abrir la acequia de los Santa Marías y tomar agua de la Chiquita. (Folio 87, Cuaderno Principal).

2º. Del reconocimiento que hace el señor Gutiérrez Arango de la acequia y servidumbre en favor de los señores Santa Marías en la escritura Nº. 746 de 14 de Septiembre de 1872, folio 8 del cuaderno de pruebas de los demandados, escritura en que el señor Gutiérrez Arango vendió la finca de Buena Vista a los señores Juan de Dios y Antonio José Jaramillo.

3º De que la finca del señor Gutiérrez Arango abarcaba ambas orillas de la Chiquita y la García, desde arriba de la toma de los Santa Marías, hasta abajo del desemboque de La Chiquita en la García. Por consiguiente, el único perjudicado con dicha acequia y toma, por ser el único ribereño en esa parte y de allí pa-

ra abajo era el señor Gutiérrez Arango, quien bien podía enajenar sus derechos como propietario riberaño. Además, los compradores de la finca, al ser notificados de la servidumbre, lo que daban también de la toma de agua que estaba a su vista. Y

4º. De que al señor Pérez le fue notificado ese arreglo en la escritura Nº. 178 de 23 de Febrero de 1907, hecha en la Notaría 2ª. de Medellín, folio 1º. y siguientes del Cuaderno Principal, en esta forma: «El terreno que se vende tiene derecho para tomar las aguas que sean necesarias para el baño, excusado y usos generales de la casa, de una acequia que llaman de los Santa Marías, agua que toman de la quebrada La Chiquita. Si por cualquier circunstancia los citados Santa Marías abandonaren la acequia, el comprador queda con derecho a sacar el agua que necesitare para los usos indicados arriba, de la quebrada llamada La Chiquita haciendo uso del cauce de tal acequia». Esto en virtud de que el señor Gutiérrez Arango, según consta en el recibo que he mencionado arriba, ensanchó y aumentó la acequia de los Santa Marías, según él mismo lo dice, «por correr por ella agua de mi pertenencia,—es decir en la misma extensión de La Chiquita».

Queda así perfectamente establecida la tradición del arreglo hecho entre don Manuel Puerta Ortega y don Antonio Gutiérrez Arango sobre el arreglo hecho para que los Santa Marías pudieran construir su acequia y tomar el agua de La Chiquita. Si los propietarios de la finca que fué de don Antonio Gutiérrez Arango se han ido transmitiendo la obligación de respetar la acequia y la toma, han hecho constar también que tienen cierto derecho sobre dicha acequia y sobre el agua.

Este es un hecho que no se ha atrevido a negar la parte contraria, reduciendo su labor tan sólo a decir que no se pueden hacer tales convenios conforme a la ley, siendo de notar que el señor Pérez demandante aceptó el convenio conforme le fue transmitido al comprar la finca de Buena Vista.

## XI

Resumo mi alegación anterior en estos breves renglones:

1º Conforme a la legislación antioqueña, vigente desde antes de hacerse la acequia de los Santa Marías, hasta mediados del año de 1887, las fuentes menores eran de propiedad común de los dueños de predios riberaños que atravesaban o a que servían de límite arcifinio, y el uso de esa cosa común estaba reglamentado por los Arts. 912 y 913 de dicho Código, los cuales por su naturaleza misma dan lugar a los arreglos entre los comuneros y a los de éstos con terceros no ribereños.

He dicho que tal Código consagra el uso común de las aguas de menor caudal, y que en él no existe nada parecido a lo dispuesto por el artículo 677 del actual Código. Contra esta afirmación nada vale la teoría sacada del inciso 5º del Art. 698 del Código antioqueño. La expresión *uso común* que usa dicho artículo 698, se emplea como sinónima de *uso público*, y no en el sentido de propiedad común de varios individuos, que es lo que son las aguas menores reglamentadas por los artículos 912.

y 913 del Código. *Estos consagran la reglamentación del uso de una cosa que pertenece en común a varios individuos exactamente como lo hacen los artículos 2363 y siguientes del mismo Código antioqueño.*

Decir que la reglamentación del uso de aguas que hacen los Arts. 912 y 913 del Código Antioqueño, sitúa esas aguas en calidad de cosas de uso común, y que por ser de uso común, pertenecen al Estado, según los numerales 5° y 2° del Art. 698 del Código antioqueño, es incurrir en un sofisma pueril de cambio del término medio, pues el término *uso común* del numeral 5° citado, significa *uso público*, mientras que el uso de que hablan los Arts. 912 y 913 es *uso privado* de los dueños de las heredades riberañas y no del público en general. Esta explicación la confirma el Art. 701 del Código antioqueño.

2° Si se desecha el arreglo privado, entonces no podrá menos de reconocerse en favor de los Santa Marías el derecho de preferencia en el uso de las aguas de «La Chiquita», adquirido por prescripción, ya sea la prescripción de diez años de que habla el Código Civil antioqueño, Art. 912, numeral 1°, ya sea la de que habla el Art. 893 del Código Civil actual.

3° Creo haber demostrado que la recta interpretación de doctrina del Art. 777 del Código Civil actual, es la que atribuye a la propiedad particular el dominio común de las aguas vertientes de un campo cultivado, disposición que se refiere a varios dueños y a varias propiedades, puesto que habla en plural de *dueños* y de *riberas*, como también de *sucesores de los dueños*. Otra interpretación necesita modificar la ley, lo que es inaceptable. Por consiguiente el Art. 677, que ha sido el principal caballo de batalla de la parte demandante, se vuelve contra ella.

4° Los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación española en cuya vigencia fueron adjudicadas las fincas a que se refiere este litigio, se oponen también a las nuevas interpretaciones de la legislación que ha regido siempre sobre aguas en los países civilizados. He demostrado que según el derecho español, las fuentes menores son de propiedad y de uso común de los dueños de los predios riberaños.

5° Si no se admite el arreglo particular en virtud del cual los Santa Marías adquirieron derecho al agua de su acequia, ni la prescripción adquisitiva del *dominio* de esa agua, debe admitirse la *prescripción del uso*.

## XII

En cuanto a la acción posesoria establecida por el señor Pérez como subsidiaria, tenemos:

1° Que los hechos a que se refiere esa acción posesoria no están concretados a cosas específicamente determinadas, de modo que la sentencia pudiera decir cuáles son las cosas que los Santa Marías han hecho de más en la toma y que deben suprimir.

2° Que está demostrado aun por las confesiones del mismo señor Pérez—posición 9ª, folio 44, pruebas de los demandados—que en la época en que los Santa Marías repararon la toma

del agua, ésta había sido dañada por terceras personas, que, según dice el señor Pérez, «desviaron las aguas que entraban a la acequia de los Santa Marías», de modo que éstos no hicieron sino reparar los daños causados.

3° Que según el concepto de los peritos de esta segunda instancia «no es posible hacer entrar el agua de la quebrada «Chiquita» en la acequia de los Santa Marías, sin construir en el cauce de la quebrada dique o presa o zanja que tuerza el agua de su curso natural hacia la dicha acequia». Por consiguiente no pueden ser perjudiciales al señor Pérez las obras que los señores Santa Marías están obligados a ejecutar para conservar su derecho al agua, siendo así que de acuerdo con el Art. 886 del Código Civil actual, el que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables *para ejercerla*, y así mismo *el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla* (Art. 885, id.).

No estará demás el hacer notar, para concluir, la superchería que pudo fabricar el señor Pérez, para la inspección ocular *ad-hoc* que sin citación de la parte contraria, obtuvo él del Juzgado 3° de este Circuito en lo Civil, diligencia a que ha pretendido sacarle tanto provecho. Obrando de acuerdo con la Compañía de Tejidos, cuyos empleados han sido manifiestamente hostiles a los Santa Marías, el señor Pérez podía secar la quebrada «La Chiquita» en la toma de la Compañía de Tejidos y hacer aparecer a los Santa Marías como detentadores del agua de la quebrada. En el plano levantado por los peritos de esta segunda instancia se ve muy bien cómo podía el señor Pérez servirse de la acequia de la Compañía de Tejidos para hacer aparecer las cosas a su antojo; en el numeral 5° de la exposición de los peritos está demostrado que la presa y acequia de la Compañía de Tejidos son suficientes para contener toda el agua de «La Chiquita», de modo que en el cauce de ésta de allí para abajo sólo quedará el agua de los amagamientos que le salen más abajo de dicha toma.

Todo lo anterior demuestra que la acción posesoria carece de fundamento legal y que los hechos mismos en que se basa no tienen seriedad alguna. Aun la forma de la parte petitoria, en que no se determinan las cosas concretas que pide el demandante, está diciendo que es imposible acceder a su petición.

Las anteriores consideraciones y la confianza que tengo en vuestra rectitud y sabiduría, me hacen esperar seguramente la confirmación de la sentencia apelada, confirmación que os pido con mi mayor acatamiento.

Medellín, 22 de Septiembre de 1923.

Señores Magistrados,

LIBARDO LÓPEZ

