

CAIDAS DE AGUA

El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, y abreviar sus animales. Pero deberá volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del fundo. Ese uso se limita: en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido el derecho a servirse de las aguas; en cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o regulen la distribución de las aguas entre los ribereños; y en cuanto fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino. Si las aguas, en vez de atravesar un predio, corren por entre dos, su uso corresponde en común a los ribereños, con las limitaciones dichas, y en caso de disputa será reglado por la autoridad, tomándose en cuenta los derechos adquiridos.

Esta doctrina, consagrada por los artículos 892 a 894 del Código Civil, se funda en que la situación especial de los predios ribereños, su proximidad a las aguas, constituye suficiente título de aprovechamiento, sin que sea necesario obtener concesión alguna del Estado.

El Código Civil de Colombia ha sido en este punto más amplio que el de Francia. Para demostrarlo basta comparar el artículo 892 colombiano con el 644 francés. El primero reconoce a los propietarios ribereños derecho al uso de todas las aguas que corren naturalmente por sus fundos; el segundo no les reconoce derecho a usar de las navegables o flotables. El nuestro atiende a las necesidades domésticas, agrícolas, industriales y pastoriles. El de los franceses, con el ánimo de proteger la agricultura, dispone que las aguas se usen en el riego de los campos, y de modo implícito prohíbe se las emplee en beneficio de la industria cuando dividen dos fincas.

Se ha discutido por autores chilenos y colombianos sobre si la enumeración del artículo 892, marcado en Chile

con el número 834, es o no taxativa. Claro Solar y Fernando Vélez niegan que lo sea. Botero Isaza conceptúa que las aplicaciones a que legalmente puede destinarse el agua en su curso natural no son sino las cuatro expresadas por el legislador: menesteres domésticos, riego, fuerza motriz y abrevadero.

En lo que sí convienen todos los comentaristas, es en observar cómo el uso de los ribereños no es caprichoso e ilimitado sino útil y de acuerdo con el objeto perseguido, por lo cual consideran no podría sacarse el agua sin beneficio alguno y en daño de otro u otros predios. También coinciden en que el usuario debe respetar el curso natural de las aguas, haciendo volver el sobrante al acostumbrado cauce.

Dice Luis Claro Solar que el riberano sólo tiene derecho a servirse de las aguas para las necesidades de su heredad. De este mismo parecer fueron los senadores Antonio José Uribe, Francisco José Chaux y Miguel de J. Pérez, cuando afirmaron que "la nación ha cedido el uso de las aguas exclusivamente para beneficio de los predios, de que sólo puede el dueño disponer de la fuerza que necesita para ese beneficio, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, anexas a la propiedad, se entiende, y destinadas al fomento de la misma".

Yo me atrevo a creer que según el artículo 892 pueden los propietarios ribereños usar del agua para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, aunque tales empresas extralimiten las necesidades de la correspondiente heredad o sean alimentadas con productos de otras heredades.

Cuando el legislador proveyó a los menesteres domésticos, al riego del fundo y a la bebida de animales, tres aplicaciones autorizadas por el artículo 892, empleó términos limitativos, y fue así indudable: que las necesidades son únicamente las de la familia del propietario o de sus dependientes; que no puede regarse un predio distinto del riberano, y que los animales pueden abrevar si pacen en la heredad por donde discurren naturalmente las aguas, dividiéndola o besándola.

Estas precauciones se explican porque de no restringir esos tres servicios podrían los fundos superiores perjudicar a los inferiores consumiendo o reduciendo mucho las aguas. Pero cuando el mismo legislador se refirió a los

molinos u otras máquinas pertenecientes al dueño del fundo, no tuvo ya necesidad de usar vocablos restrictivos, puesto que el empleo del agua como fuerza no implica su gasto material, y por esta razón, en vez de referirse al consumo en empresas industriales, dijo que con ella se puede "dar movimiento". Tal función de *mover* no afecta los predios inferiores, sea cual fuere la potencia del molino, u otra máquina, y aunque su acción aproveche a personas y cosas distintas del dueño riberano y de la tierra marginal.

Como me permití observarlo en el prólogo al segundo tomo de la obra de Botero Isaza, cuán estrecho criterio se atribuiría al legislador, si haciendo la exégesis del artículo 892, pudiera decirse que su mente no pasó de fomentar modestas explotaciones en donde sólo fuese molida la caña o majado el maíz de la propia heredad, o en donde, laborándose frutos de otras plantíos, el consumo debiera efectuarse dentro de las lindes del predio riberano. Muy otro debió ser el pensamiento de un código que, apartándose de la norma francesa, amplió largamente las aplicaciones del agua.

Observa don Jacinto Chacón que mientras el código francés, en protección de la agricultura, dispone que las aguas divisorias de dos heredades se empleen sólo en el riego de los campos, prohibiendo implícitamente se las use en beneficio de la industria, nuestro código (el chileno y el colombiano), en protección de la industria, permite puedan ser empleadas esas aguas hasta por terceros en el movimiento de un nuevo establecimiento industrial, prohibiendo implícitamente se las destine al riego de los campos, con lo cual sigue e impulsa el progreso público, y no deja a la ley fuera del movimiento social e impotente para secundar el desarrollo de la riqueza, como lo hace el de Napoleón.

Al efecto alude Chacón al artículo 944, del código chileno, reproducido por el 1001 del colombiano, artículo que estudia ampliamente Botero Isaza para llegar a la conclusión, luégo de admitir que favorece a los no riberanos, de que en ningún caso ni por circunstancia alguna, jamás, puede hacerse uso del agua, de acuerdo con ese precepto, en perjuicio de los derechos nacidos de los artículos 892 y 894, pues considera que ni el uso inmemorial, ni obras aparentes, ni consentimiento tácito, serán bastantes a basar la prescripción de un bien imprescriptible, ni a consumir la enajenación de lo inalienable, ni a extinguir un derecho

de que es título exclusivamente la ley, que si en los cánones 892 y 894 consagra prelación a favor de los riberaños, en el 1001 da algunos derechos a lo no riberaños, pero sólo en cuanto ello no vaya contra los adquiridos por ministerio de la ley o por otro título cualquiera.

Juzgo procedente hacer algunos comentarios al discutido artículo 1001, porque su doctrina corrobora la interpretación que doy al artículo 892 en cuanto al criterio de largueza que informó lo relativo al uso de la fuerza hidráulica.

El artículo 1001 fue tomado de la tercera partida, título XXXII, ley XVIII, en donde se lee:

“Molino habiendo algunt home en que se ficiese harina, o aceña para pisar paños, si alguno quisiese facer otro molino o aceña en aquella mesma agua o cerca de aquél, puédelo facer en su heredadt o en suelo que sea de río del rey con otorgamiento del o del común del concejo cuyo es el lugar de lo que quisiere facer: pero esto debe ser fecho de manera que el corrimiento del agua non se embargue al otro, más que la haya libremiente segúnt que era ante acostumbrada a correr...”.

Esta ley de don Alfonso el Sabio sirve para fijar el sentido de nuestra disposición.

Adviértese, desde luégo, que el precepto español exige tan sólo no se desvíe la corriente, se la deje correr como tenía de cosumbre, mientras el nuéstro también manda no se menoscaben las aguas en perjuicio de los que de cualquier modo hayan adquirido derecho a ellas.

Dice el artículo 1001:

“El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial y que no corren por un cauce artificial construído a expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo o en suelo ajeno con permiso del dueño; con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas”.

Despojando este artículo de cuanto se refiere a la pertenencia de aguas que corren por cauce artificial construído a expensa ajena, así como de los requisitos exigidos en su segunda parte, y desarmando lo que resta de la primera, pueden sentarse estas proposiciones:

1°.—El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades, podrá hacerlo en su propio suelo.

2°.—El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades, podrá hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño.

3°.—El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, podrá hacerlo en su propio suelo.

4°.—El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, podrá hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño.

Descomponiendo en cuatro proposiciones la primera parte del artículo 1001, y no olvidando que todo este precepto, a la par que respeta el dominio privado de los cauces artificiales y cualquier otro derecho adquirido, autoriza sólo aquellas obras que emplean la corriente sin torcerla ni menoscabarla en perjuicio de terceros, se observa cómo el legislador autoriza a cualquiera persona para aprovecharse en su suelo, o en suelo ajeno con permiso del dueño, pero en sus obras, es decir, en las hechas por la mano del hombre, de aguas públicas que anden por cauce natural.

Finalmente, y ya por el aspecto de la acción posesoria especial, no por el de la servidumbre natural, observa Barros Errázuriz que el artículo 944 del código chileno, reproducido por el 1001 nuéstro, otorga derecho para impedir: a).—Cualquiera obra que se haga o que se pretenda hacer con el objeto de aprovecharse de las aguas que corren por un cauce artificial construído a expensa ajena; y b).—Cualquiera obra dirigida al aprovechamiento de las aguas que van a ajenas heredades, ingenios, molinos o establecimientos industriales, aunque corran por un cauce natural, si tuercen o menoscaban las aguas en perjuicio de quienes ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de ellas, o que de cualquier otro modo han adquirido el derecho de aprovecharlas.

La ley 113 de 1928, sobre estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de agua, dice en su artículo 3°. que la nación “se reserva” el dominio y uso de la fuerza hidráulica proveniente de las aguas que le pertenecen conforme al artículo 677 del Código Civil, a excepción de la

que se destine al beneficio o explotación de predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto; pero que "esta reserva no perjudica los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación vigente, los que serán definidos en la forma ordinaria por el poder judicial en caso de controversia".

No quedaron comprendidas en los preceptos de la ley 113 las caídas de agua cuya producción de energía sea inferior a cien caballos de fuerza, "las cuales podrán seguir usándose por los particulares, de acuerdo con las leyes hoy en vigencia" (artículo 17).

Esta ley 113 tuvo tan presentes los derechos adquiridos, que hizo estas salvedades:

a).—Exceptuó la fuerza destinada al beneficio o explotación de predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto (artículo 3°).

b).—Declaró que la reserva no perjudica los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación vigente (artículo 3°, párrafo 1°).

c).—Dijo que el uso de la fuerza establecido o concedido legalmente en favor de empresas públicas departamentales o municipales con anterioridad a la ley, no podría "ser suspendido por el gobierno sino mediante sentencia ejecutoriada del poder judicial" (artículo 3°, párrafo 2°).

ch).—Advirtió que no se comprenden las caídas de agua explotadas o en curso de explotación por empresas públicas departamentales o municipales (artículo 3°, párrafo 3°).

d).—Declaró válidas las concesiones hechas anteriormente a los departamentos o municipios, en la forma misma en que fueron otorgadas (artículo 3°, párrafo 4°).

e).—Previno que cuando el Estado cediera a los departamentos o municipios el uso de la fuerza hidráulica en su territorio, total o parcialmente, respetaría las concesiones anteriormente otorgadas (artículo 4°).

f).—Dispuso que en cada caso de concesión de fuerza a departamento, municipio u otras personas naturales o jurídicas, sería de cargo del concesionario el arreglo con los dueños de los predios riberaños y con las personas que estén usando las aguas de acuerdo con las disposiciones legales, "dejándose salvaguardados en todo caso los derechos adquiridos, de los que sólo podrá ser privado el dueño en los casos de utilidad pública y previa indemnización" (artículo 6°).

g).—Finalmente, y aun para el evento de que el Estado mismo, es decir, *el dueño de las aguas*, utilice con cualquier fin una caída, ordenó que "indemnizará previamente de todos los perjuicios mediante contrato o expropiación legal, a los dueños de los predios riberaños y a las personas que tengan derechos adquiridos sobre el uso de las aguas en conformidad con lo dispuesto en los artículos 895 y 1001 del Código Civil" (artículo 7°).

Si nuestro régimen legal de aguas no fuera tan diferente del francés, me permitiría traer algunos datos sobre lo ocurrido en Francia con la ley de 1919, datos que tomo de la obra "Trabajos Jurídicos", por el doctor Luis F. Latorre U.

Una ley francesa de 1919 declaró denunciabiles las caídas de agua y explotable por concesión del Estado la energía hidráulica. Los riberaños no eran dueños de las corrientes, pero leyes anteriores les reconocían el derecho de usarlas y aprovechar las caídas en términos tan latos, que bien podían enajenar ese derecho a terceros interesados en utilizar la energía. Era cotizable con independencia de la tierra. Estoy reproduciendo la opinión del doctor Latorre U., casi con sus mismas palabras. Pues bien, en el caso de concesión otorgada a un tercero distinto del riberaño, *haya o no haya ejercitado un derecho*, es decir, aunque nunca hubiese usado la energía de la corriente, el concesionario le debe pagar una indemnización en especie (si había ejercitado el derecho), o en dinero (en el caso contrario), y tanto la jurisprudencia de los tribunales como la doctrina de los expositores, están conformes en que por el hecho de la concesión el riberaño sufre una expropiación.

El tribunal de St. Jean de Maurienne, en fallo de 8 de junio de 1922, fue más lejos, pues sostiene con argumentos de gran fuerza que la expropiación general se operó desde el 16 de octubre de 1919, por virtud de la ley de ese año. Dicho tribunal declaró que "la ley de 16 de octubre de 1919, por sus artículos 1° y 2°, priva a los propietarios del derecho de vender o arrendar la fuerza producida por la caída de agua... que se causa una *verdadera expropiación* en provecho del Estado, una *evicción* completa de los derechos particulares, no pudiendo dar lugar sino a indemnización en dinero o en especie".

Planiol y Ripert sostienen que la ley no implica expro-

piación general, simultánea, *ipso jure, por su propia virtud*, sino en cada caso, al ser otorgada la concesión.

Charmont dice que la evicción de los derechos particulares al uso del agua, ejercidos o no, da derecho a una indemnización, si preexistían a la fecha de los anuncios de la demanda de concesión.

Hecha esta digresión, referente a la doctrina y a la jurisprudencia francesas, vuelvo al tema de mi estudio.

Creo que entre las maquinarias, a cuyo movimiento podía proveerse según el Código Civil, se contaban las generadoras de energía eléctrica.

El artículo 292 habla de "dar movimiento a sus molinos u otras máquinas". No excluye ninguna. Este mismo criterio de amplitud aparece en el artículo 1001, en donde se habla del que quisiere construir "un ingenio o molino, o una obra cualquiera. Nada importa que en la época de la expedición del código no fuesen conocidas las plantas eléctricas. El legislador estatuye para lo futuro, en ocasiones para siempre y cuando es sabio, como lo fue el chileno, se vale de términos elásticos y flexibles —"u otras máquinas", "o una obra cualquiera"— para que cada descubrimiento o cada invención o cada progreso no exijan reforma de las leyes.

Si los propietarios marginales podían mover máquinas, protegidos por el artículo 892, y si cualquiera persona estaba en capacidad de construir cualquiera obra conforme al artículo 1001, parece claro que había derecho a mover con aguas de uso público las centrales eléctricas.

Estimo que era ésta la situación jurídica de las plantas cuando entró a regir la ley 113 de 1928.

No niego que el Estado haya podido reservarse las caídas de agua y considero que obró bien reservándose las. Lo que pienso es que la ley 113 de 1928 respetó los derechos adquiridos, y que si se estima que en algún punto los afectó, ha de prevalecer la carta constitucional que los protege.

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales pertenecen a "la Unión", excepto las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El dominio de aquellos bienes le corresponde al Estado y el uso a los particulares, según las disposiciones del Código y "las demás que sobre la materia contengan las leyes" (arts. 677 y 678). Como "la nación" tenía el dominio de las aguas, cuanto se reservó por la ley 113 de 1928, es decir, cuanto se guar-

dó para en adelante, fue su uso como fuerza hidráulica, uso que antes pertenecía a los particulares. Si hubiese pertenecido al Estado, la reserva carecería de objeto. La nueva ley tiene que respetar los derechos adquiridos. De ahí que a cada paso hable ella de respetarlos, aunque no había necesidad de que siquiera los mencionase, porque estando guarnecidos por la constitución nacional, cualquier vacío o cualquiera restricción se llena o se amplía con la carta.

Prescindiendo del solo carácter de riberano, y concretándome a empresas industriales montadas en ejercicio de facultad reconocida por leyes anteriores, veo que el derecho adquirido brotó para quienes ejercitaron esa facultad. Si se había autorizado a los ribereños para que usaran del agua dando movimiento a sus máquinas (art. 892), y si se había autorizado a todas las personas para que aprovecharan la que va a otras heredades o a otros establecimientos industriales, construyendo cualesquiera obras (art. 1001), me parece a mí que instalada la máquina o construída la obra al amparo de normas que así lo permitían, surgieron situaciones jurídicas concretas.

El artículo 677 da al Estado el dominio de las aguas que corren por cauces naturales y da a los particulares el uso de las mismas. Según ese precepto, tanto al Estado le corresponde el dominio como a los particulares les corresponde el uso. Este artículo 677 está reglamentado por otros artículos del mismo código. Como dueño, el Estado reglamenta el uso de las aguas que corren por cauces naturales.

Mi tesis sobre derechos adquiridos no se quiebra ante la norma del artículo 32 de la ley 153 de 1887, tan discutida en Chile y en Colombia, norma en virtud de la cual las servidumbres naturales y voluntarias constituídas válidamente bajo el imperio de una antigua ley, se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que establecieren leyes nuevas.

En primer lugar, no entiendo cómo pueden constituirse servidumbres naturales, puesto que, naciendo de la naturaleza, el legislador las consagra y reglamenta pero no las constituye.

En segundo lugar, el artículo 892 del código civil, como muy bien lo dice la corte en su sentencia del 11 de junio de 1935, aunque colocado en el capítulo de las servidumbres naturales, no se refiere en realidad a ellas, "por la sencilla razón de que los derechos allí consagrados no co-

rresponden en forma alguna a la noción técnica de servidumbre”.

En tercer lugar, suponiendo que las servidumbres naturales pudieran constituirse por las leyes o por los hombres, y suponiendo también que el artículo 892 se refiriera a un gravamen de esa clase, el caso de la ley 113 no estaría dentro de un nuevo reglamento sobre uso de las aguas entre particulares, sino frente a una expropiación por causa de utilidad pública, que requiere previa indemnización, puesto que el Estado vendría a incorporar en su patrimonio un derecho de uso otorgado a quienes, ejerciéndolo, se colocaron en situaciones jurídicas concretas.

Ha sido tan respetuoso el legislador de las situaciones jurídicas concretas, como puede verse por los artículos 684 y 918 del código civil, que aun en calidad de constituyente insistió, al fijar la hacienda de la nación, en acatar los derechos adquiridos (art. 202 de la carta de 1886).

El artículo 677 da al público el uso de todas las aguas que corren por cauces naturales. No absoluto e irregular sino relativo y reglamentado. Si bastara pertenecer al público para usar de las corrientes públicas, no habría en Colombia un régimen legal de aguas. No se usa de éstas como de calles, plazas, puentes y caminos. Hay en Colombia un estatuto legal sobre el llamado “líquido elemento”.

Dos artículos del código permiten sacar las aguas de sus cauces naturales para objetos industriales o domésticos, pero “con arreglo a las leyes respectivas” y “respetando los derechos anteriormente adquiridos”. el 683 y el 918.

Para que una persona pueda colocarse dentro de los artículos 683 y 918, iguales en el fondo, necesita invocar uno de estos seis títulos:

1°.—Ser dueña de una heredad por donde las aguas corran naturalmente (art. 892).

2°.—Ser dueña de una heredad delimitada por las mismas aguas (art. 894).

3°.—Ser distrito municipal, que *necesite* aguas públicas para los menesteres domésticos de los habitantes de su pueblo, caso en el cual adquirirá por las vías legales una parte del uso de las aguas públicas (art. 893, ord. 3°).

4°.—Construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquéllos que ya han levantado obras aparentes con el

objeto de servirse de dichas aguas, “o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas” (art. 1001).

5°.—Obtener del gobierno nacional una licencia para sacar los canales a que se refiere el artículo 683 del código civil, licencia que se le concederá “sin vulnerar derechos de terceros” (art. 8°. de la ley 113 de 1928).

6°.—Aprovecharse de la reglamentación que el gobierno haga sobre el modo de distribuir y aprovechar aguas de uso público (art. 9°. de la ley 113 de 1928).

Como se ve, la persona que no entre por uno de estos seis caminos, usa arbitrariamente de las aguas públicas. Su uso no es cedible por voluntad de los particulares. Está sometido a un reglamento legal, por cierto muy amplio, en el cual se provee al respeto de los derechos adquiridos.

Las anteriores observaciones forman parte de mi salvamento de voto a una sentencia de casación pronunciada el 10 de agosto de 1937, y complementan mi salvamento del 11 de junio de 1935.

MIGUEL MORENO JARAMILLO

