

La prescripción de las aguas públicas

SUMARIO: 1. EL DOMINIO PÚBLICO EN LAS AGUAS.—2. LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.—2.1. La prescripción de dominio público.—2.2. La naturaleza del derecho adquirido por prescripción.—2.3. La prescripción de aprovechamientos y la concesión de aprovechamientos.—2.4. Los aprovechamientos especiales de aguas públicas y los derechos reales administrativos.—3. ALCANCE DE LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS. 3.1. Las modalidades de aprovechamientos en la práctica administrativa.—3.2. El límite del derecho adquirido por prescripción en el orden de prelación de fuentes.—3.3. Las modulaciones del caudal en los regadíos inmemoriales. 3.4. Los caudales excesivos.—4. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN.—4.1. El acta de notoriedad y la inscripción en el Registro de Aprovechamientos.—4.2. La duplicidad de trámites.

1. EL DOMINIO PÚBLICO EN LAS AGUAS.

El dominio público en materia de aguas presenta determinada especialidad que le diferencia, en cierto modo, del dominio público común u ordinario: la excepción a la regla general de imprescriptibilidad.

En principio, no encontramos claramente definida la excepción antes citada en el Derecho histórico.

El Fuero Juzgo daba por sentada la inapropiabilidad de las aguas de los ríos al prohibir su derivación (1). Y las Partidas, bajo la influencia del Derecho romano, atribuyen cierta pertenencia

(1) Fuero Juzgo, libro VIII, título IV, Ley XXXI, 2.^a ed. en castellano, por don ISIDORO DE HERNÁNDEZ PACHECO. Madrid, 1742.

comunal al dominio que nos ocupa (2), e incluso la facultad de aprovechamiento o uso común, pero no privativo, que ha pasado con más detalle a la regulación normativa de lo que la Ley de Aguas vigente llama aprovechamientos comunes.

Sin embargo, esta titularidad comunal no modifica el principio de la imprescriptibilidad, que se reafirma, para ciertos bienes, en la Partida 3.^a (3) y que, con mucho más motivo, se puede considerar aplicable al de los ríos (4).

Como nos dice la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, más concreta fue la Legislación de los reinos de Cataluña y Valencia, donde, declarados de uso común los ríos, se reservaban los reyes, como una de las regalías llamadas menores, la concesión del aprovechamiento de sus aguas. En el reino de Valencia, todas éstas, así las públicas como las privadas, nacidas en terrenos de realengo, pertenecieron, además, por derecho de conquista, al rey Don Jaime I, que agració a los prelados y ricos-hombres con las que nacían en los términos de los pueblos de que les hizo donación y pasaban por ellos, conservando en la Corona la regalia de los ríos y aguas públicas, y las privadas de los términos realengos.

Una Real Orden de 19 de noviembre de 1835 reforzaba la posición del dominio público de las aguas, reivindicando a favor de la Nación el de esta clase. Y la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 (arts. 1.º y 2.º) nada declaró respecto a la venta o excepción de venta de estos bienes, por la presunción de la inalienabilidad (5).

Por último, la Ley de Aguas vigente de 13 de junio de 1879 establece, en el artículo 4.º, que son públicas o de dominio público: 1.º, las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio; 2.º, las continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, y 3.º, los ríos. Y el Código civil, en sus artículos 339, número 1 y 407, completa la declaración legal con respecto a la propiedad de las aguas.

(2) Partida 3.^a, título XXVIII. Ley 6.^a Códigos Españoles concordados y anotados.

(3) Partida 3.^a, título XXIX. Ley VII.

(4) CLAVERO ARÉVALO, M. F., *La inalienabilidad del dominio público*, Sevilla, 1958, pág. 29.

(5) CLAVERO ARÉVALO, M. F., *La inalienabilidad*, pág. 33.

Expresamente, el artículo 188 de la Ley de Régimen Local de 1950 declara el carácter imprescriptible de los bienes del dominio público.

2. LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.

Como dice ALVAREZ GENDÍN: (6) «El dominio público de las aguas sufre algunas limitaciones o variaciones en las normas comunes, como la prescripción adquisitiva y extintiva del aprovechamiento, no del dominio, y como la de otorgarse la concesión, según vimos en ciertos casos, a perpetuidad, si bien supeditables al destino para los que fueron concedidas, bajo sanción de caducidad».

«Por estas excepciones a las normas generales del dominio público (Derecho común administrativo), si bien con sujeción a normas administrativas, diremos que la naturaleza jurídica de las aguas públicas, pertenece a la categoría de dominio público especial...».

La declaración positiva del principio de la imprescriptibilidad arranca del origen de la Legislación específica.

Así la Real Orden de 23 de marzo de 1848 afirmó la imposibilidad legal de ganar por prescripción. Y el Real Decreto de 29 de abril de 1860 mantiene esta posición.

Pero la Ley de Aguas de 1866 (art. 194) establece la posibilidad de admitir la prescripción como título legítimo para llevar a cabo el aprovechamiento especial de aguas públicas, pensando en un reconocimiento de las situaciones existentes entonces, nunca en que se generalizara para el futuro (7).

Y esta corriente de apertura, para normalizar las situaciones fuera de la Ley, dio base a la redacción general e indiferenciada del artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879, en el que faltó ponerle término a su eficacia, reduciendo su aplicación a sólo los aprovechamientos que a la entrada en vigor de aquélla hubiesen cumplido los veinte años de disfrute.

(6) ALVAREZ GENDÍN, S., *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1956, pág. 154.

(7) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, «Rev. Administración Pública» núm. 44, de 1964, págs. 31 y 55.

Observación igualmente aplicable al artículo 409 del Código civil, que recoge la prescripción de la Ley de Aguas y mantiene la adquisición del derecho al aprovechamiento por la prescripción de veinte años.

Los intentos de reforma, en la línea de las Leyes especiales, no tardaron en llegar. El Proyecto de Ley de Aguas de Sagasta (artículo 4, párrafo 3.º) de 1902 establecía el plazo de un año para la inscripción de los aprovechamientos prescritos y la libre concesión de los no inscritos en el Registro de Aprovechamientos transcurrido aquel plazo. Más radical todavía es el texto de los Proyectos Canalejas, de 1910 (art. 1.º, pár. 1.º) y de La Cierva de 1921 (base 2.ª, párrafo 1.º) en los que no se reconoce otro modo de adquirir los aprovechamientos especiales que la concesión, con sujeción a la legislación específica. No queda ninguna posibilidad, por tanto, a la adquisición de aprovechamientos por prescripción—como dice MARTÍN RETORTILLO (8)—.

Sin embargo, y a pesar de ese clima en contra, permanece vigente, con base en la interpretación extensiva del artículo 149 de la Ley de Aguas, el criterio favorable a la prescripción de aprovechamientos, que descansa en una tolerancia de la Administración (S. del T. S. 29 de septiembre de 1927, S. Contencioso admvo.).

2.1. Se ha discutido por la doctrina la viabilidad de la prescripción del dominio público, considerado en sentido general.

GARCÍA DE ENTERRÍA (9) recoge el proceso de la «desafectación tácita» de las parcelas del demanio, pasando por lo que Proudhon llama «degradación» de la cosa pública apartada de su función propia, en armonía con la prescripción extraordinaria que admite Troplong..

Así parece explicarse la posibilidad de la prescripción sobre el dominio público, salvados los escollos con que tropieza el dogma de la imprescriptibilidad.

Sin embargo, como ha puesto de relieve GARRIDO FALLA (10), la solución no puede ser la misma en relación con todas las dependencias del dominio público.

(8) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, pág. 164.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA, S., *Dos estudios sobre la usucapción*, en «Derecho Admvo.», Madrid, 1955, págs. 128 y sigs.

(10) GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Admvo.* Vol. II, Madrid, 1962, págs. 418 y sigs.

La extensión que actualmente ha adquirido éste, haría pensar, en cuanto al tema concreto de la aplicación del principio de la imprescriptibilidad, en una «escala de la demanialidad»; de forma que, aceptada la unánime opinión doctrinal de que la prescripción es posible desde el momento mismo en que el bien de que se trate ha sido desafectado—lo que significa sentar la regla—, se hace preciso reducir cada posible caso concreto a sus justos límites.

El distinto carácter de las pertenencias del dominio público exige soluciones diversas. Así, el principio de la imprescriptibilidad es absolutamente aplicable en cuanto a las dependencias, que son «por naturaleza», destinadas al uso público, o en los bienes de igual clase del uso público, en interés general, en tanto conserven esta naturaleza.

Sin embargo, puede admitirse la prescripción con respecto a los bienes adscritos al uso público, previa desafectación, incluso tácita, o en relación con los bienes destinados a servicios públicos.

En este sentido, la desafectación puede operar sobre las dependencias del dominio incorporadas al uso o servicio públicos, pero no puede decirse lo mismo de las que lo son por naturaleza—como las aguas públicas—en las que no se da la «desafectación» ni la «degradación» y en donde el principio de la imprescriptibilidad es postulado indiscutido del Derecho Público.

Hay que descartar, por consiguiente, la efectividad de la prescripción sobre las aguas públicas, de acuerdo con los principios expuestos; bien entendido que, con esta afirmación, única y exclusivamente se pretende dejar sentada la imprescriptibilidad del bien de dominio público en cuanto tal, aunque éste sea susceptible de un aprovechamiento privativo y excluyente a favor de los particulares.

Prueba de ello, es la solución que adopta el Derecho positivo—artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879—cuando asegura el «disfrute de los aprovechamientos» que se hubiesen mantenido durante veinte años. Nada dice, por el contrario, del dominio de las aguas objeto de aquéllos.

Por consiguiente, la prescripción adquisitiva otorga el derecho a la continuidad del aprovechamiento de más de veinte años, que carece de la correspondiente autorización o que no pueda acreditar que la obtuvo; pero no obsta a que este derecho se amolde

—o mejor se encaje—en la normativa de los aprovechamientos concedidos por el Poder público.

Es más, nos atreveríamos a decir que la finalidad que persigue el artículo 149 de la Ley de Aguas es la de legitimar al usuario que ha venido en el disfrute del aprovechamiento durante veinte años sin título, equiparando la posesión pacífica al título concesional, para que, en base a aquélla, obtenga de la Administración el reconocimiento de su derecho de aprovechamiento.

No por tratarse de dominio público especial, puede desviarse la prescripción de su función específica, cual es la de servir de modo de adquirir subsidiario—en defecto del otro título: la concesión—del derecho real sobre el aprovechamiento de esa especie del dominio.

En resumidas cuentas, que el Derecho suele admitir—como dice el autor últimamente citado—la adquisición prescriptiva del título que da derecho al aprovechamiento; aunque no, naturalmente, de la propiedad.

Este título que da derecho al aprovechamiento no puede ser inconcreto.

Por una parte, veíamos que este derecho debe tener por objeto cualquiera de las especies que el Derecho positivo establece para las concesiones de aprovechamientos.

Por otra, según se desprende del propio contexto del párrafo 2.º del artículo 409 del Código, el límite de este derecho puede venir definido por el modo y forma en que se haya usado de las aguas, de tal manera que, si el caudal que se haya venido utilizando es notoriamente insuficiente para el fin a que se destina, no puede beneficiarse con la modulación prevista en el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas, de un caudal mayor; por cuanto que el artículo 149 de la misma Ley sólo garantiza la continuidad del aprovechamiento.

Lo mismo podría decirse cuando la utilización de un aprovechamiento está subordinada a la de otro de derecho preferente.

2.2. Es difícil precisar, en el estado actual de la cuestión, si la naturaleza del derecho sobre los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción es de carácter concesional o

más bien una verdadera titularidad de propiedad (11) (artículo 609 del Código civil, párrafo 3.º, en relación con el núm. 2 del 409) en razón a la cual podría hablarse de verdadera prescripción.

GARRIDO FALLA (12), al tratar de la adquisición de los derechos reales administrativos por los particulares, admite la prescripción como forma excepcional, de la que se deriva un derecho análogo al que surge de la concesión administrativa. E, incluso, hace la observación de que la naturaleza de los derechos nacidos de la prescripción no es, por tanto, de carácter civil, sino administrativa. Y, al hacer referencia al aprovechamiento especial de aguas, señala que el título jurídico para la utilización privativa del dominio público que la concesión comporta—esto es, la situación de concesionario—puede ganarse por prescripción.

Ahora bien, la prescripción, como institución administrativa, aunque tenga su origen en el Derecho civil, como Derecho común; al hacerse parte de una rama del Ordenamiento jurídico—y no se olvide la unidad misma de éste—en virtud de un proceso de integración, que bien pudiera calificarse de verdadero préstamo de técnicas, de esquemas, de instituciones (13), va adquiriendo ciertas notas de especialidad, que forzosamente la diferencian del régimen general de la institución en el Derecho privado (14). Y del mismo modo que las situaciones jurídicas de prerrogativa dan matiz administrativo a los contratos de esta clase, la prescripción, dentro del Derecho Administrativo, tiene que verse condicionada por la posición que ocupa el dominio contra el que opera. Es decir, que, en nuestra opinión, la prescripción otorga un derecho análogo a la concesión; en este orden, es título que obliga a la Administra-

(11) GARCÍA DE ENTERRÍA, E, Cita ant. núm. 9, pág. 118 (nota 29) y páginas 146 y 147.

(12) GARIDO FALLA, F., Cita ant. núm. 10, págs. 378 y 455.

(13) MARTÍN RETORTILLO, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 25, 41 y 152.

(14) Podría considerarse válida en este punto la argumentación que hace BALLARÍN (BALLARÍN, Marcial, A., *Derecho Agrario*, Ed. «Rev. Derecho Priv.», Madrid, 1965, pág. 327), al tratar de la aplicación extensiva de las normas del Derecho común al Derecho especial, que dice: «Habrà de hacerlo teniendo en cuenta la especial utilidad a que éste responde, o sea, aquellos principios antes señalados, adaptando en cuanto sea posible la «ratio» del Derecho común a la del Derecho especial.»

Análoga argumentación en cuanto a la naturaleza del deslinde administrativo, recientemente, en MENDOZA OLIVÁN, V., *El deslinde de los bienes de la Administración*, págs. 33 a 36, Madrid, 1968.

ción, pero deroga el principio de discrecionalidad en el otorgamiento.

2.3. Es realmente significativo que la Ley especial de aguas recoja la prescripción de aprovechamientos especiales dentro de la sección dedicada a la concesión de aprovechamientos, en vez de incluirse, de haber sido otra la intención, en las disposiciones generales; el artículo 149 está situado, precisamente, en la Sección 1.^a del capítulo IX, que trata de la concesión de aprovechamientos. Y la circunstancia de su ubicación nada nos diría, si la Ley desarrollara cumplidamente la usucapión de aprovechamientos; pero la escueta declaración del precepto y la oportunidad de su encuadramiento, inducen a pensar que el legislador quiso regular la prescripción a la sombra de las normas que rigen las concesiones, y que las disposiciones a ellas referentes serían subsidiariamente aplicables, al menos, como Derecho supletorio.

Este parece que es el pensamiento del texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas cuando establece, como norma general, la autorización del Poder público en las concesiones de aprovechamientos especiales, y deja puerta abierta a las autorizaciones tácitas o presuntas—que evidentemente se mantienen gracias a la tolerancia de la Administración—, como equivalentes a una concesión tácita, a las que—entiende la Comisión redactora—debe darse fuerza de tal.

Sin embargo, el tratamiento que recibe en la práctica administrativa dista mucho de someterse a las normas que regulan, no ya el otorgamiento, sino el mismo ejercicio de las concesiones; puesto que se presenta la prescripción como verdadera institución excepcional con toda clase de pronunciamientos favorables. En parte, debido a la reducida expresión del artículo 409 del Código civil, por un lado, y, por otro, a la cualificación civil que recibe la institución en las disposiciones complementarias. Así parece desprenderse de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, artículo 1.º, cuando establece que, para la inscripción de los aprovechamientos, servirá, no sólo la concesión administrativa, sino también cualquier título de Derecho civil.

2.4. El aprovechamiento especial de aguas públicas—concretamente en sus modalidades más usuales: riegos, abastecimiento, y

fuerza motriz—participa de todas las notas del derecho real. De una parte, el titular del aprovechamiento ostenta un poder inmediato sobre la cosa: el agua; hay una relación directa entre la persona y la cosa. De otra, puede, en virtud de este señorío sobre la cosa, hacerlo valer contra cualquiera (15), incluso contra la Administración, una vez reconocido su derecho por aquélla.

Podría asimilarse tanto al derecho real pleno de goce y disposición: la propiedad, como a los de goce (usufructo, enfiteusis); pues tanto la potestad plena, como la facultad de disposición, la temporalidad (Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, artículo 126) o la diferenciación o división del dominio entre un dominio útil y un dominio directo, son características de su naturaleza. Claro está que la posible equiparación sería válida salvando siempre la condición del dominio que se aprovecha.

Por nuestra parte, está fuera de duda que el aprovechamiento especial de aguas públicas es un verdadero derecho real—cuyo objeto son cosas de dominio público—sujeto a un régimen jurídico peculiar.

Es carácter público de la cosa o bien sobre el que recae (16) y el régimen jurídico a que está sujeto aquél, son, por demás, notas características fundamentales para calificar al derecho real como derecho real administrativo a favor de particulares.

El derecho real administrativo sobre el aprovechamiento especial de aguas públicas nace de la concesión o de la prescripción. Y se adquiere, tanto por los modos originarios aludidos, como por los que derivativamente traigan causa de otro anterior.

A estos últimos parece referirse el artículo 1.º de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, que establece los requisitos para las inscripciones definitivas en el Registro de Aprovechamientos, puesto que a la prescripción y su justificación alude el artículo 2.º de la misma (17),

(15) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. II. Derechos reales, 2.ª ed., Madrid.

(16) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los Derechos reales administrativos*, en esta Revista, marzo-abril 1957, págs. 145 y sigs.

(17) MARTÍN RETORTILLO, C., aclara que la expresión «cualquier título de Derecho civil», que emplea el artículo 1.º de la R. O. de 12 de marzo de 1902, se refiere a títulos «secundarios», no «originarios», ya que una permuta con el Estado, por ejemplo, es, a su juicio, una concesión especial. *La Inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro Especial de Aguas*, «Rev. de D. Priv.», 1931, pág. 377.

Por último, hemos hecho alusión al régimen jurídico peculiar que regula la prescripción de aprovechamientos, que viene determinado por los preceptos específicos, contenidos en el Ordenamiento privado, en armonía, o mejor, en congruencia, con los principios del Derecho Administrativo y las leyes especiales; en su aspecto material y formal.

En el ámbito jurisdiccional, ciertamente hoy la competencia en materia de aguas se encuentra compartida por dos jurisdicciones—la Ordinaria y la Contencioso-administrativa (para los derechos reales administrativos de aprovechamiento de aguas públicas adquiridas por prescripción y para los de aprovechamiento por concesión).

Esta situación ya ha sido señalada por la dictrina, en cuanto se refiere a la materia de aguas (18) y, en general, sobre determinadas parcelas del Derecho Administrativo, como el dominio público; porque como dice GUARTA (19): «La propiedad privada si es asunto civil, pero el dominio público en si (y no sólo algunos jirones de su comercio jurídico, tales como las concesiones, infracciones y su sanción, etc.) es asunto jurídico-administrativo, por lo que los litigios a que dé lugar debían ser todos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa: Se trata de actos que dicta la Administración y sujetos al Derecho Administrativo, esto es, de actos administrativos (art. 1.º de la Ley de lo Contencioso), y si lo dicho sucede también, por ejemplo, en materia de contratos para obras y servicios públicos, «cualquiera que sea su naturaleza (artículo 3 de la misma Ley), no se ve razón para que no suceda lo mismo en materia de dominio público».

3. ALCANCE DE LA PRESCRIPCIÓN DE APROVECHAMIENTOS DE AGUAS PÚBLICAS.

A pesar de todo, la amplitud interpretativa del artículo 149 de la Ley de Aguas habría tenido distinto significado, si los de otras disposiciones posteriores se hubieran limitado a transcribirlo, cosa

(18) MARTÍN RETORTILLO, S., *Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, págs. 201 y sigs.

(19) GUAITA MARTORELL, A., Prólogo a la obra de Víctor Mendoza Oliván, *El Deslinde de los bienes de la Administración*, pag. 20, Madrid, 1968.

que no ocurrió con los artículos concordantes del Código civil y, mucho menos, con las disposiciones complementarias que le sirvieron de Reglamento, como el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 (art. 3.º).

Realmente no se aparta de la línea tradicional el citado precepto; bien entendido, se limita a reconocer de hecho los aprovechamientos que se encuentren en pleno y pacífico disfrute a la entrada en vigor de la Ley. Y éste hubiera sido su objetivo si las disposiciones posteriores no hubieran consagrado la generalidad de un procedimiento que, en principio, era válido exclusivamente para los aprovechamientos «entonces» en uso que, careciendo de concesión administrativa, habían venido disfrutándose durante el tiempo allí establecido, sin oposición de autoridad o de tercero.

Planteada así la cuestión, no queda otro remedio que admitir la validez operativa del artículo 149 de la Ley de Aguas respecto de aprovechamientos posteriores a la misma y dar entrada a esta forma de obtener la concesión de aprovechamientos, privando a la Administración de la facultad de elección que le otorga el artículo 157 de la Ley de Aguas y, en general, de la discrecionalidad relativa que debe presidir el otorgamiento de los aprovechamientos del dominio público, por su propia naturaleza.

Surge así el problema de su alcance, y se precisa fijar el límite del reconocimiento del derecho de uso o aprovechamiento prescrito.

3.1. La naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento y su origen podían plantear cuestiones enojosas a la Administración, aplicando las normas de la concesión al reconocer el derecho adquirido por prescripción, y esta situación fue resuelta con amplio criterio, dándole un trato de igualdad en los beneficios o de favor en otros aspectos, del que carecían las concesiones por ella otorgadas. De este modo, se inscriben a perpetuidad (20) los aprovechamientos para riegos, se eluden las eventualidades de una competencia de proyectos o de peticiones incompatibles, o las rígidas normas de la concesión concreta, o, en fin, el peligro de caducidad por incumplimiento de condiciones.

El Código civil, por el contrario, avezado, por su rango, a deli-

(20) La Ley del Patrimonio del Estado de 15-IV-1964, establece que el plazo de duración para cada clase de concesiones o autorizaciones sobre el dominio público no podrá exceder de 99 años (art. 126).

mitar el alcance de los derechos, establece en el artículo 409, que «los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos (los de aguas públicas) serán los que resulten..., del modo y forma en que se haya usado de las aguas». Es decir, que la modalidad del aprovechamiento, por razones obvias, tiene que encajar, generalmente, en cualquiera de las especies reguladas por la Ley, y dentro de unos moldes que delimiten su ámbito. El aprovechamiento con destino a riegos, por ejemplo, tiene garantizada su continuidad para el objeto exclusivo que dio origen a la prescripción ganada, y no tendrá más limitaciones en su ejercicio que las que resulten de la forma en que se ha venido ejercitando, si lo fue continuadamente, alternativamente, instantáneamente, por el día, por la noche, toda o parte de la semana, antes o después de otros incompatibles, o supuestos análogos.

Esto y no otra cosa es lo que, a nuestro entender, da contenido a la fórmula empleada por el Código.

3.2. Por otra parte, basándonos en el principio de que los aprovechamientos adquiridos por prescripción datan de la existencia de una situación abusiva—al menos, estrictamente, mientras no se ha cumplido el plazo de prescripción—, no puede atribuírseles un derecho de mayor extensión e intensidad que a quien aprovecha las aguas sobre la base de una concesión administrativa normal (21).

No puede pretenderse, por consiguiente, que el párrafo último del artículo 409 del Código civil ensanche los límites que se determinan en el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas; pues los términos de aquél solamente vienen a precisar matices que dejó en el aire la propia Ley de Aguas, y, en cualquier supuesto, no están en contraposición con lo establecido en ella. Porque, para que esto hubiera sucedido, se precisaba previamente la expresa derogación del párrafo 2.º del citado artículo 152 de la Ley de Aguas, en lo concerniente a los aprovechamientos adquiridos por prescripción y anteriores a ella o a los posteriores por analogía que no tuvieran caudal fijado. Lo que no se ha hecho. E incluso, en un supuesto conflicto de ambos textos legales, el orden de pre-

(21) MARTÍN RETORTILLO, S., *Victorio Sclaloja y el régimen jurídico de las Aguas*, en «Aguas Públicas y Obras Hidráulicas», Madrid, 1966, pág. 214.

lación de fuentes hará aplicables los preceptos del artículo 152 de la Ley de Aguas en el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 149 del mismo texto legal (22).

3.3. Pero la redacción concisa del texto legal no podía contemplar las múltiples facetas, objeto, indudablemente, del Reglamento de aplicación, que no llegó a nacer, y aunque la oportunidad legislativa lo hubiera permitido, a la promulgación del Código civil, no eran fácil de prever a menos de diez años de la puesta en vigor de la Ley, cuando aún no podía plantearse el total aprovechamiento de los recursos hidráulicos.

Nos referimos, concretamente, a los problemas que origina la modulación de los caudales en los regadíos inmemoriales.

Existen aprovechamientos para riegos que, después de tomar las aguas en un cauce público, son conducidos a grandes distancias, a través de acequias de origen árabe, por terrenos de textura sumamente permeable, que origina grandes pérdidas por filtraciones, y elevadas dotaciones de caudales, que pueden llegar, incluso, al doble de los normales.

Hay también aprovechamientos que utilizan una antigua técnica de riego, consistente en la regulación subterránea de caudales, que se consigue mediante el procedimiento denominado en la Alta Alpujarra «matas», o embalses o recorridos subterráneos del agua vertida por alguna falla del terreno (que luego reaparece a cota más baja, al cabo de diez o doce horas) y permite regar durante el día, al desviarse aquélla por la noche, con caudal doble.

Otros aprovechamientos exigen un elevado consumo de caudal dada la considerable pendiente del terreno, rara vez nivelado, para el riego de las superficies escalonadas en forma de terrazas, por el procedimiento denominado en la misma región «a surcos próximos» o «a manta».

En los tres casos expuestos, la solución adecuada, al margen del planteamiento de Derecho, puede conseguirse mejorando los cauces o construyendo depósitos reguladores. Esta solución de tipo mate-

(22) VALLET, en *Panorama del Derecho civil* (citado por DIE LAMANA, J. M. y F. J., *Un caso de propiedad compleja: el agua*, en esta Revista, núm. 455, julio-agosto 1962, pág. 934), dice que la interpretación de la norma positiva ha de hacerse teniendo en cuenta la realidad social contemplada por el legislador, la realidad social actual y la naturaleza de las cosas como aglutinante y límite de la regla de Derecho positivo.

rial redundante en beneficio, tanto de los usuarios afectados, como en el de los futuros que insten de la Administración el empleo de los caudales sobrantes.

Sin embargo, el beneficio individual es relativo para los usuarios actuales; será bastante apreciable, indudablemente, este beneficio para los futuros usuarios.

Para aquéllos no será sensible, pues el mejor aprovechamiento de las aguas puede que compense las dotaciones insuficientes en determinada época del año. Pero, en cambio, el mejoramiento de las conducciones o las instalaciones de regulación, son obras costosas, a pesar de la generosa aportación con que ayuda el Estado.

Y decimos que cuestan las obras, no tanto en el sentido económico (en el que los beneficios de la inversión justifican sobradamente ésta), como en el figurado de la resistencia que opone, lógicamente, el usuario que se ha creído dueño indiscutido de las aguas que aprovecha (23) a la modulación racional de los caudales o a la modificación también racional de los dispositivos de riego.

Claro está que esto último, si bien no puede imponerse, indirectamente se conseguiría forzándole al aprovechamiento total de los caudales fijados, que son los que estrictamente necesita para la supervivencia de su aprovechamiento «in situ».

Puede darse el caso (y esto ocurre con frecuencia en las proximidades de las zonas turísticas o de los centros urbanos) de aprovechamientos adquiridos por prescripción, inscritos en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, sin fijación de caudal o con determinación inválida (como sería el derecho a aprovechar «todas» las aguas que lleve el cauce de donde las toma), en los cuales se opera una reducción de la superficie regable por transformación de una parte de ésta en solares. Incluso, puede suceder que el caudal aprovechado fuera insuficiente para toda la superficie

(23) Como puede verse en la obra de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Las aguas públicas y el Registro de la Propiedad*, en «Estudios de Derecho Hipotecario y Civil», Madrid, 1948, II, pág. 183), se mantiene esta posición quizá porque se contemplan los requisitos de la prescripción y los efectos naturales de la usucapción en el ordenamiento privado. En nuestra modesta opinión, tanto si se da entrada a la prescripción como institución administrativa, como si se relaciona la institución con las directrices de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, o con los preceptos de la de 1879 y del Código civil (arts. 149 y 409), lo que se adquiere por prescripción es el derecho a la utilización privativa del dominio público, igual que el que confiere la concesión.

de riego, y, en cambio, al reducirse ésta, cubriera las necesidades de los riegos subsistentes.

El problema de la limitación del caudal nos plantea dos posibles caminos. Uno, el de respetar la superficie total con derecho—por prescripción—al riego, promoviendo el expediente de caducidad del aprovechamiento que afecta a la superficie convertida en solar (con base en el art. 158 de la Ley de Aguas, 409, párrafo 2.º del Código civil, 4.1 de la Orden Ministerial de 6 de agosto de 1963 y dictámenes del Consejo de Estado de 18 de abril de 1952 y 12 de marzo de 1959), si no ha transcurrido el plazo necesario para que opere la prescripción extintiva. El otro—a nuestro juicio el aceptable—el que fija el caudal solamente a la superficie actual regable, ya que, para la restante superficie, se ha extinguido el derecho real de aprovechamiento, por modificación o conversión de la superficie regable en terrenos de solar, al faltarle a aquél la base real—la tierra—sobre la que se sustenta. Tiene su apoyo en la aplicación analógica de los artículos 513, núm. 5.º, 514 y 546, 3.º del Código civil, que regulan la extinción de algunos derechos reales—usufructo, servidumbres—por pérdida de la cosa objeto de aquél, o modificación de ella que impida el ejercicio del derecho.

Por último, esta limitación está en función del grado de aprovechamiento o proporción en que se haya usado de las aguas, y así los caudales que resulten sobrantes, que fueron otro día aprovechados en los terrenos convertidos en solar, no vienen a acrecer la dotación que corresponda a los regadíos subsistentes, ni siquiera si éstos riegan con caudales insuficientes, por los motivos que se dejaron expuestos en el párrafo penúltimo del apartado 2.1.

En la práctica, sin embargo, la Administración fijará una modulación, sin las restricciones apuntadas, en los aprovechamientos compatibles con los situados en la misma corriente, si de la información pública del expediente, o de la capacidad de las conducciones no se desprende que aprovechara menos caudal.

Finalmente, merece atención aparte, aunque tiene indudable influencia en el proceso de modulación de los caudales, el supuesto de la enajenación del agua con independencia de la tierra, o la no adscripción del agua a la tierra.

En teoría no se da este caso. La existencia del derecho implica la determinación finalista del aprovechamiento, de tal forma que

el derecho al riego no se concibe sin la tierra regable, y el agua puede considerarse accesoria de aquélla y con vida autónoma e independiente (24).

Sin embargo, la consideración de finca independiente, a efectos hipotecarios, y su proyección en el tráfico jurídico, pueden inducirnos a la duda, pero no cambian su naturaleza; pues, aun pudiendo ser objeto de propiedad separada, para que se dé tal posibilidad hace falta dar entrada a una servidumbre negativa que impida la accesion a la tierra. Y si no se concibe una propiedad del agua independiente sin una servidumbre negativa que le posibilite, nos encontramos en un caso de propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables (25).

Por otra parte, es principio que informa la legislación el de que no se puede enajenar ni arrendar el derecho al agua sin la tierra (26) y ésta es elemento esencial e inescindible de la concesión para riegos. Posición que mantiene reiterada jurisprudencia, y se recoge como condición necesaria para la aplicación de la Ley de 24 de diciembre de 1962, la adscripción del agua a la tierra, así como en la Ley 7 de julio de 1911 (art. 17).

Puede ser relativa, no obstante, tal adscripción cuando se emplea un determinado caudal, de que se dispone, en el riego alternativo de varias parcelas del mismo propietario, situadas en el área dominada por el regadío. Esta modalidad no incumple el principio fundamental enunciado, por cuanto el agua no es objeto de tráfico separadamente y la adscripción puede darse por cuotas ideales indivisas o, incluso, por haberse prescrito un caudal insuficiente para toda el área, que pide un empleo más aprovechable.

3.4. Esta faceta de la modulación de los caudales, hay que analizarla de cara a los aprovechamientos adquiridos por prescripción, que disfrutan de caudales excesivos, en armonía con sus tradicionales sistemas de cultivo.

El problema debe plantearse en cada caso teniendo en cuenta dos presupuestos básicos: la dotación necesaria para la continuidad

(24) ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, T. II, pág. 130, 5.ª ed.

(25) DIE LAMANA, J. M. y F. J., *Un caso de propiedad compleja: el agua*, en esta Revista, núm. 455, julio-agosto 1962.

(26) MARTÍN RETORTILLO, S., *De las Administraciones Autónomas de las Aguas Públicas*, Sevilla, 1960, págs. 92 y sigs.

del aprovechamiento concreto, según el criterio agronómico, y la racionalidad del dispositivo de riego.

Conforme al primer enunciado podría aparecer la duda a la vista del texto de los repetidos artículos 149 y 409 de la Ley de Aguas y del Código civil, si se analizan aisladamente. Evidentemente, se garantiza en ambos la continuidad del aprovechamiento, pero no el exceso de caudal.

Ciertamente, hay casos en los que verán amenazada su subsistencia determinados aprovechamientos al limitar su caudal (al estrictamente necesario, de acuerdo con la técnica agronómica, para el uso a que se destina el agua), porque el mal estado de las conducciones, a veces distantes muchos kilómetros, origina, pérdidas cuantiosas en el volumen de los caudales, entre la toma del agua y su empleo en el riego; otras veces será el sistema de riego con elevado consumo de caudal, el que se retraiga ante la problemática rentabilidad de sus futuras inversiones o, incluso, de la dudosa eficacia de modernos sistemas de cultivo; o en fin, los obstáculos con que pueda tropezar el usuario coparticipe de un aprovechamiento con una distribución anárquica o poco racional. Casos éstos en los que, como se dice antes, hay que modificar el sistema de riego, para que llegue al aprovechamiento el caudal que necesita.

Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 152 de la Ley de Aguas es tajante en cuanto a la determinación del caudal en los aprovechamientos que no lo tengan fijado. Y el mismo texto legal atribuye la competencia para la determinación al Ministro de Obras Públicas, pero limita dicho caudal al necesario para el objeto de aquellos aprovechamientos. Entendiendo por necesario el que las técnicas agronómicas, teniendo en cuenta las variantes de cada región y las modalidades de cultivo, señalen en cada caso concreto.

Por ello, no puede interpretarse, de ninguna forma, que los aprovechamientos adquiridos por prescripción dan derecho a unos caudales excesivos, ni siquiera alegando que aquéllos son los necesarios para mantener el estado tradicional de sus sistemas de riego.

La Ley es clara en este punto. La Administración, al determinar el caudal a que da derecho el aprovechamiento adquirido por prescripción, tiene que fijar, en el punto donde se toma el agua del cauce público, el caudal necesario para el objeto de aquel aprovechamiento, de tal forma que la cantidad de agua sea la precisa

y meramente necesaria para el uso a que se destina. «para la satisfacción estricta de la necesidad sentida» (27), como establece el artículo 152 de la Ley de Aguas, la Real Orden de 12 de marzo de 1902, artículo 4 y 5, y múltiples Sentencias concordantes (28), prescindiendo de las modalidades que pretenden abusivamente caudales excesivos.

Por otra parte, dando entrada a la doctrina del abuso del derecho, como en alguna ocasión ha aceptado ya nuestra jurisprudencia, al considerar la ponderación objetiva de las circunstancias y necesidades que realmente presentan los distintos aprovechamientos (29), las dificultades que pueden presentarse en la modulación del caudal desaparecen, pues se reduce el contenido del derecho, que corresponda a cada aprovechamiento, a los justos límites del ejercicio.

Esto es lo que, a nuestro entender, establecen los preceptos citados y corrobora el artículo 4.º de la Orden Ministerial de 6 de agosto de 1963, que «prohíbe, cualquiera que sea el régimen de los riegos y la antigüedad de los mismos, el desperdicio del agua y el abuso del derecho a su utilización».

4. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN.

El procedimiento para la inscripción en el Registro especial de aprovechamientos de aguas públicas, admitido en el artículo 2.º de la Real Orden de 12 de marzo de 1902, dictada a raíz de la creación del citado Registro en 1901, es, a falta de otros documentos fehacientes, el de la información posesoria regulada en los artículos 392 y siguientes de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909. Este procedimiento de la información posesoria, judicial, era muy similar al que se desarrolla en la tramitación del Acta de Notoriedad, recogida en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario vigente.

La reforma hipotecaria de 1944 hizo desaparecer el expediente posesorio, por no ser objeto de inmatriculación registral la pose-

(27) GAY DE MONTELLÁ Y MASSÓ ESCOFET, *Tratado de la Legislación de Aguas públicas y privadas*. T. I., págs. 348-9, Barcelona, 1956.

(28) SS. de 30 mayo 1931; 30 septiembre 1931; 5 julio 1946; 26 marzo 1954; 10 abril 1958; 3 mayo 1958; entre otras, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

(29) MARTÍN RETORTILLO, S., *cita ant* núm. 21. pág. 220.

sión, e instaura, en el Reglamento de 14 de febrero de 1947 un procedimiento notarial de inmatriculación, el Acta de Notoriedad regulada en el artículo 70, para la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por usucapión.

Este es hoy el procedimiento más usual, ya que no es corriente, aunque puede darse, la justificación por documentos fehacientes.

4.1. La justificación del derecho mediante el Acta de Notoriedad presenta dificultades de interpretación en la técnica jurídica de la inscripción administrativa.

Hay que tener en cuenta que a la inscripción definitiva en el Registro de aprovechamientos de aguas públicas pueden concurrir, coincidentemente, concesiones y títulos de derecho civil que entrañen inscripciones primeras, o concesiones y Actas de Notoriedad.

Puede ocurrir que los titulares de aprovechamientos adquiridos por prescripción acudan a la Administración para su reconocimiento y encuentren concesiones incompatibles, en trámite o en ejercicio.

Hay que pronunciarse por la preferencia de uno u otra y surge, en consecuencia, el problema del punto de partida de la eficacia del título de prescripción.

La fijación del término desde el cual haya de computarse el plazo correspondiente presenta tres posibles soluciones: desde que se inició la situación posesoria, desde que ésta consolidó el derecho al aprovechamiento, o desde que este derecho recibió el oportuno refrendo formal mediante la inscripción correspondiente (30).

Hay que presumir que el plazo de la prescripción se ha cumplido ya al hacer el requerimiento notarial para la iniciación del Acta; pero el derecho no se encuentra acreditado hasta la terminación del expediente del Acta declarando la notoriedad pretendida. Y este requisito es esencial para que la Administración pueda llevar a cabo el reconocimiento del derecho.

Por otra parte, el requisito de la inscripción previa (anotación preventiva) en el Registro de la Propiedad es esencial, ya que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmue-

(30) MARTÍN RETORTILLO, S., *cita ant* núm. 21, pág. 218, señala la segunda de las soluciones como la que más aceptable parece en nuestro sistema positivo.

bles, si no están debidamente inscritos no perjudican a tercero (conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria y resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de mayo de 1944) y, en este caso, puede tenerse por tercero a la Administración o al interesado en la concesión incompatible.

Es decir, que la eficacia de la declaración de notoriedad comienza sus efectos contra terceros una vez inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, puede suceder, como se decía antes, que la petición del reconocimiento a la Administración coincida con otra concesión solicitada, en trámite, o, simplemente con otra concesión anteriormente otorgada. Entonces, el reconocimiento favorable del derecho adquirido por prescripción perjudica los derechos de la concesión anterior, o imposibilita la consecución de la concesión en trámite.

En este último supuesto procedería que el interesado en la inscripción del aprovechamiento adquirido por prescripción abonara los gastos realizados por el peticionario de la concesión, previa tasación pericial. Ya que se puede dar el caso de que, por desidia, aprovechamientos abusivos, adquiridos desde tiempo inmemorial, que no estén inscritos, se acrediten en el curso de una concesión en trámite, valiéndose de la tramitación más breve del expediente del Acta de notoriedad.

En cuanto a la incompatibilidad resultante entre la concesión otorgada y la prescripción reconocida, no es fácil que el uso cautelar de la cláusula «sin perjuicio de tercero» en el título de concesión, resuelva la cuestión. Más bien parece que lo dispuesto en los artículos 150 de la Ley de Aguas y 410 del Código civil se refiere a la imposibilidad de que concesiones nuevas lesionen derechos reconocidos a tercero o derechos privados de cualquier clase, extraños al ámbito demanial del aprovechamiento. Lo contrario sería una declaración en blanco al reconocimiento de derechos desconocidos o de titularidad no probada.

Habrá que estar a la preferencia que corresponda al título por prescripción, según la anotación en el Registro de la Propiedad, y desde luego que la Administración haya inscrito el aprovechamiento en el Registro de Aguas Públicas, pues así se entiende en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administra-

tivo) de 21 de febrero de 1927, 15 de diciembre de 1955 y dictamen del Consejo de Estado núm. 27.990, de 18 de octubre de 1961.

En cualquier caso, la aplicación del principio hipotecario de la prioridad en el Registro de aprovechamientos de aguas públicas, la implantación en éste de un procedimiento análogo a la anotación preventiva regulada en el Reglamento Hipotecario vigente, la posibilidad de que aquella anotación en el Registro de la Propiedad surta también iguales efectos de publicidad y de garantía en el Registro administrativo, en el que conste, o, finalmente, el otorgamiento de funciones constitutivas al Registro de aprovechamientos, son puntos de interés que podría recoger la legislación futura.

4.2. La modificación apuntada debería alcanzar también a la duplicidad de trámites que se produce en el curso de la tramitación de la inscripción, que ya fueron observados en la tramitación del expediente del Acta de notoriedad. Concretamente, se reproduce la información pública del requerimiento notarial y la información pública del expediente administrativo (art. 3.º del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927). Podrían simplificarse, dando a la primera validez administrativa, pues, esta segunda información no tiene otra misión que garantizar el conocimiento y la oposición de otras inscripciones anteriores.

Del mismo modo debería completarse el procedimiento a seguir de acuerdo con la regla 3.ª del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, con los datos de la superficie regable. Pues el aprovechamiento declarado notorio, es de esta forma inconcreto, al no fijarse el límite, el objeto definido que beneficia las aguas. No es suficiente la fijación del volumen del agua aprovechable—regla 3.ª del artículo 70 del Reglamento Hipotecario—pues este dato no tiene validez alguna ante la Administración (art. 152, Ley de Aguas y 4.º de la Real Orden de 13 de marzo de 1902).

Esta omisión fuerza, en muchos casos, a la Administración, a fijar el alcance de un derecho, que, por su procedencia, tiene que venir limitado y definido.

Estos inconvenientes podrían desaparecer si, en el momento de la inspección ocular realizada por el Notario, se dispusiera el levantamiento del plano de la superficie regable, por el técnico competente, o si, citada la Administración como parte interesada—en

concepto de tercero—, se llevara a cabo la confrontación del aprovechamiento sobre el terreno, la cual, reflejada en el Acta de notoriedad, haría más completa la declaración del derecho, e innecesaria la confrontación que, posteriormente, se realiza, por los trámites establecidos en el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927.

DIEGO MORENO HERRERA.

Abogado