

DICTAMEN EMITIDO A CONSULTA DE LA SOCIEDAD X SOBRE LA SITUACION JURIDICA DE DETERMINADOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS ADQUIRIDOS POR PRESCRIPCION

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. DICTAMEN: 1. *Situación jurídica hasta 1933.* 2. *Situación generada desde 1933:* A) La prescripción como título legitimador del aprovechamiento de aguas públicas. B) Procedimiento de formalización y legalización del aprovechamiento adquirido por prescripción. 3. *Posición jurídica del titular de aprovechamientos adquiridos por prescripción:* A) Quién puede prescribir. B) Situación del titular. 4. *Aplicación al caso de la Sociedad X.* 5. *Conclusiones.*

I

ANTECEDENTES

a) Con fecha 7 de marzo de 1962 la Sociedad X elevó sendas instancias al Ingeniero Jefe de la Comisaría de K y al ilustrísimo señor Director General de Obras Hidráulicas, exponiendo en la primera que solicitaba la tramitación del expediente de inscripción en el Registro de Aprovechamientos Hidráulicos, de un caudal de 903 litros y seis décimas de litro, de las aguas de determinados manantiales, sitios en el término municipal de N, provincia de K, cuyo aprovechamiento tiene adquirido al amparo del artículo 149 de la Ley de Aguas. Acompañaba a tal finalidad copia del acta de notoriedad, acreditativa de la adquisición por prescripción, plano en donde consta la toma de agua, la casa de máquinas, el canal principal por donde discurren aquéllas y la zona regada que suma un total de 986 Ha., 17 A. y 10 ca.

En la segunda instancia se solicitaba directamente la inscripción del aprovechamiento de dicho caudal, por darse los supuestos legales para ello, por haberse utilizado durante más de veinticinco años y señalarse la zona regada y demás extremos necesarios para llevar a cabo la inscripción definitiva.

El acta de notoriedad se inició el 22 de octubre de 1956, siendo objeto de ampliación posterior el 13 de enero de 1962.

Del contenido de dicha acta se desprende que desde hace más de veinticinco años está explotando la citada Compañía, ininterrumpida-

mente, el aprovechamiento de aguas de los manantiales reseñados, con un volumen de 1.500 litros por segundo, destinados durante todo el día al riego mediante las pertinentes instalaciones; de dicha cantidad, 596,4 litros por segundo, son de propiedad privada de la misma.

Cumpliendo lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, el Notario de K., don Z., tramitó el acta de notoriedad, publicándose los edictos y verificándose las declaraciones testificales que se creyeron pertinentes, complementadas con la inspección ocular que llevó a cabo el propio Notario, produciéndose la declaración de notoriedad con fecha 20 de diciembre de 1956, por considerar suficientemente acreditado y notorio que la Sociedad X es «propietaria» por prescripción del aprovechamiento de aguas descrito.

El 13 de enero de 1962 se amplió dicha acta de notoriedad ante el Notario, también de K., don M., haciéndose constar que con independencia de la adquisición por prescripción de los 1.500 litros por segundo, había sido adquirido dicho caudal según escritura pública autorizada el 12 de noviembre de 1929, por compra a don H. De este caudal, 596,4 litros por segundo, están inscritos en el Registro de la Propiedad de L., a nombre de X., y suspendida la inscripción del resto (903,6 litros por segundo), por falta subsanable al no constar previamente inscritos a favor del vendedor aun cuando existe la anotación preventiva correspondiente.

El Notario estimó que, a la vista de los documentos presentados, era pertinente subsanar las omisiones sufridas en la escritura del acta de notoriedad inicial, declarando que tenía adquirido en virtud de justo título, el mismo caudal por compra debidamente acreditada.

b) Iniciado el expediente de inscripción de aguas públicas en el Registro y durante el período de información pública, se presentaron reclamaciones por determinadas Comunidades de regantes, exponiendo en sustancia:

Que dichas Comunidades venían utilizando desde tiempo inmemorial la totalidad de las aguas procedentes de los manantiales origen de las actuaciones, que una vez reunidas en un solo cauce desembocan en el río T.; con estas aguas se fertilizan las tierras que constituyen la riqueza de las poblaciones mencionadas y que se ven amenazadas por la inscripción solicitada; que ya en 1926 la misma Entidad solicitó la concesión de un aprovechamiento de aguas que le fué otorgado por Real Orden de... con un caudal de 1.500 litros por segundo, pero habiéndose recurrido en vía contenciosa aquella resolución por las Comunidades reclamantes, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo dictó sentencia el..., declarando nula y sin valor ni efecto alguno la misma, quedando invalidada la concesión pretendida por la Sociedad; consiguientemente, carece de título al aprovechamiento.

Asimismo, se presentó reclamación por determinados cultivadores de tierras que actuaban por sí y en representación de otros que se encontraban en idénticas condiciones, alegando en sustancia:

1.º Que se solicitaba la inscripción de los 903,6 litros por segundo, de los 1.500 que fueron objeto de la concesión inicial, después de anulada, preguntándose los reclamantes por qué ha habido esta disminución

de litros solicitados, siendo así que el caudal de los manantiales es el mismo, estimando que, o se tiene derecho inicial a los 1.500 litros por segundo, o a ninguno.

2.º La concesión fué anulada, por lo que no ha podido utilizar el agua a efectos de prescripción.

3.º La Sociedad X, pese a la anulación de la concesión, ha actuado en plan de vendedora de aguas públicas, procedentes de tales manantiales. Para comprobar este hecho, los reclamantes están dispuestos a exhibir los contratos y los recibos de los regantes, aportando, no obstante, el *Boletín Oficial de la Provincia*, en donde se publica el anuncio correspondiente a un aumento de tarifas, lo que demuestra, a juicio de aquéllos, que ha venido actuando como si fuera la Entidad explotadora de una concesión.

4.º Dicha Sociedad no aprovecha el agua, sino que la vende, y al no ser usuario, no puede adquirir por prescripción.

c) La Entidad peticionaria contestó a las alegaciones anteriores, exponiendo que el volumen de agua utilizada en los manantiales es de 1.500 litros por segundo, si bien parte procede de aguas privadas y parte —903,6 litros por segundo— de aguas públicas, para los que se solicita la inscripción. Que efectivamente, la concesión originaria fué anulada por el Tribunal Supremo y al intentar dar cumplimiento a dicha sentencia se tropezó con la imposibilidad de reponer el manantial a su estado físico anterior, habiéndose transformado con anterioridad a la sentencia cerca de 14.000 hanegadas de secano en regadío. Para evitar las consecuencias desastrosas que se hubieren podido producir para la agricultura de la zona, se optó por la vía lógica de mantener la situación de hecho, regando con toda normalidad, sin que perjudicase a nadie, pues nadie ha protestado durante cerca de treinta años que se ha estado actuando con plena publicidad. Que lo que puede ser objeto de concesión puede ser objeto de prescripción. Que las tarifas a que se refieren los reglamentos fueron aumentadas por disposición estatal, así como los salarios y jornales de los trabajadores. Se acompaña al escrito copia de la sentencia del Tribunal Supremo y fotocopia de comunicación del Gobernador civil de K., en la que se fija un nuevo precio para la elevación de agua de los manantiales.

d) Continuando la tramitación del expediente, se procedió al levantamiento del acta de inspección sobre el terreno, con fecha 1 de junio de 1962, concurriendo aparte del personal técnico de la Comisaría de Aguas de K., representantes de la Sociedad peticionaria y de las Comunidades de regantes oponentes.

Interesa destacar de este documento que los reclamantes manifestaron que la zona de riego es muy superior a la que figura en la nota de información pública; se hizo constar igualmente que el caudal utilizado es de 1.500 litros por segundo, si bien 596,4 son propiedad privada, inscritos en el Registro de la Propiedad de L.

El Ingeniero encargado del expediente en la Comisaría de Aguas informó en el sentido de que don H. solicitó el 17 de mayo de 1925 autorización para realizar obras de alumbramiento de aguas. El 28 de febrero

de 1928 el Ministerio de Fomento autorizó dichas obras, disponiéndose en el apartado 4.º de la resolución que una vez conocido el caudal, se presentaría un proyecto detallado en el plazo de seis meses para el aprovechamiento definitivo.

Realizadas las obras y el aforo de los caudales, se presentó proyecto definitivo para el aprovechamiento de 1.500 litros por segundo, y sometido el proyecto a información pública, se otorgó la concesión.

Contra este acto administrativo se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fué estimado por el Tribunal Supremo, anulándose por vicio de forma, por haberse infringido la Real Orden de 5 de junio de 1883.

El 12 de noviembre de 1929 se otorga escritura de venta de la concesión, a favor de X., referente a los 1.500 litros del manantial.

Prevía presentación de una escritura de subsanación de 21 de febrero de 1957, se inscribe en el Registro de la Propiedad de L. el caudal de 596,4 litros por segundo, suspendiéndose el resto por vicios subsanables, llevándose a cabo la correspondiente anotación preventiva, por no constar inscripción anterior a favor del cedente.

El Ingeniero encargado propuso que pasase el expediente a informe de la Abogacía del Estado.

e) Esta Oficina ha emitido informe en los siguientes términos:

1.º Que el título de propiedad inscrito en el Registro es nulo, al haberse anulado la Real Orden de concesión inicial.

2.º Que no está acreditado el hecho de la posesión, por ser defectuosa el acta de notoriedad.

3.º Que no se trata de un aprovechamiento de riego, sino de utilización de dichas aguas públicas, por una empresa que las vende, no siendo de aplicación, por tanto, la prescripción adquisitiva.

f) En este estado el expediente se solicita el presente dictamen, que debe versar, fundamentalmente, sobre la adquisición por prescripción del caudal referido y todas las cuestiones conexas con la inscripción solicitada.

II

DICTAMEN

Conviene, ante todo, reseñar las normas y preceptos que han de ser objeto de aplicación en el presente caso y cuya interpretación ha de servir de base a las conclusiones del presente dictamen.

LEY DE AGUAS

Artículo 149 :

«El que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo, aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización».

Artículo 152 :

«En toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se fijará la naturaleza de éste, la cantidad en metros cúbicos por segundo del agua concedida, y si fuese para riego, la extensión en Ha. del terreno que haya de regarse».

«Si en aprovechamientos anteriores... no estuviese fijado el caudal de agua, se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto de aquellos que determinará el Ministro de Fomento con audiencia de los interesados, pudiendo exigirles que establezcan los módulos convenientes».

Artículo 153 :

«Las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro diverso sin la formación de expediente, como si se tratara de nueva concesión».

Artículo 188 :

«Las concesiones... que se hicieran a Sociedades o Empresas para regar tierras ajenas, mediante el cobro de un canon, serán por un plazo que no exceda de noventa y nueve años, transcurrido el cual las tierras quedarán libres del pago del canon, y pasará a la Comunidad de regantes el dominio colectivo de las presas, acequias y demás obras exclusivamente precisas para riegos».

Artículo 190 :

«Cuando existan aprovechamientos en uso de un derecho reconocido y valedero, solamente cabrá nueva concesión en el caso de que del aforo de las aguas en años ordinarios, resultare sobrante el caudal que se solicite».

Artículos 194 y 197 :

(Beneficios de las Empresas de canales de riegos).

Artículo 204 :

«En interés general del mejor aprovechamiento de las aguas dispondrá el Ministro de Fomento... con la mira de alcanzar que ningún regante desperdicie el agua de su dotación».

NORMAS COMPLEMENTARIAS

Real Decreto de 14 de junio de 1883, en vigor en cuanto no se oponga al *Real Decreto Ley número 33, de 7 de enero de 1927*, sobre régimen de concesiones, y en su artículo 3.º referente a la inscripción del aprovechamiento de aguas públicas.

Real Decreto de 12 de abril de 1901, creando el Registro de Aprovechamiento de aguas públicas y en especial el artículo 7.º, que dice :

«Formalizados los Registros, se considerará como abusivo un aprovechamiento que no se halle inscrito».

Real Decreto de 12 de marzo de 1902 :

Norma 2.ª :

«... Deberán inscribirse los aprovechamientos que se justifique vienen utilizándose veinte o más años, no a partir de determinada fecha, sino a contar de cualquiera.»

Norma 3.ª :

«Las inscripciones no otorgan al usuario más derechos que los que arranquen del título en que se funden».

Norma 4.ª :

«Las informaciones versarán únicamente sobre el hecho de la posesión y no serán válidas en cuanto a la cantidad de agua utilizada».

Reales Decretos de 5 de septiembre de 1918 y 7 de enero de 1927, que establecen la obligatoriedad de la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas.

Orden de 26 de diciembre de 1927, sobre inscripción en los Registros de aguas.

CODIGO CIVIL

Artículo 409 : «El aprovechamiento de aguas públicas se adquiere :

- 1.º Por concesión administrativa.
- 2.º Por prescripción de veinte años.

Los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten en el primer caso de los términos de la concesión y en el segundo del modo y forma en que se haya usado de las aguas».

«El derecho al aprovechamiento a las aguas públicas se extingue por la caducidad de la concesión y por el no uso durante veinte años».

REGLAMENTO HIPOTECARIO

Artículo 70: Regulando el acta de notoriedad, para acreditar el hecho de la posesión en casos de prescripción.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, sobre policía de aguas.

Decreto de 8 de octubre de 1959, que restablece las Comisarías de Aguas (derivadas de las antiguas Jefaturas de Aguas), concretamente el artículo 3.º, que delimita las competencias, y el 4.º señalando las funciones específicas.

Con independencia de los preceptos citados, habrá que tener en cuenta especialmente la jurisprudencia del antiguo Tribunal de lo Contencioso, del Tribunal Supremo y la doctrina legal del Consejo de Estado.

La importancia de la cuestión planteada exige un examen separado y minucioso de cada uno de los problemas que afloran de las actuaciones desarrolladas hasta el momento.

Deberemos abordar sucesivamente los siguientes:

1.º La situación jurídica existente hasta 1933, cuando se pronuncia la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, anulando la Real Orden de concesión de 1929.

2.º Situación jurídica generada desde esa fecha hasta que se produce la petición de inscripción de los aprovechamientos de aguas cuestionados.

3.º Posición jurídica de X. en el momento presente.

4.º Examen concreto del expediente en marcha.

Primero.—Situación jurídica hasta 1933.

Es bien sabido, porque así lo manifiesta el propio preámbulo de la Ley de Aguas, que las aguas públicas no pueden pasar nunca a propiedad privada de los particulares, sino que los aprovechamientos sobre las mismas pueden tener por base títulos jurídico-administrativos (la concesión), o títulos civiles (la prescripción), pero que otorgan tan sólo un derecho al uso y aprovechamiento excepcional sin que hagan perder la calificación de públicas, «ni aun después de separarlas de sus cauces normales».

Esta última expresión, contenida en el citado preámbulo, pretende confirmar contundentemente el carácter público que conservan las aguas de esta naturaleza, aun a pesar de la derivación de sus cauces para aprovechamientos particulares. Decimos, naturalmente, que esta categórica afirmación va más allá de lo que en realidad sucede y trata de poner de

manifiesto sobre todo la intención del legislador, de separar netamente la propiedad y el aprovechamiento.

Decimos que en la realidad sucede de otra forma, porque el agua como compuesto químico y como sustancia física puede ser objeto de un doble punto de vista: como una *universitas* o totalidad y fraccionada en su utilización.

Es claro que la derivación de aguas públicas de un cauce determinado transforma la totalidad del caudal, separando parcelas concretas que van precisamente a ser utilizadas para usos concretos, y estas unidades separadas, que son consumidas físicamente, han pasado a propiedad particular.

Lo que no pasa nunca al dominio privado es el agua pública en sentido abstracto considerada como totalidad de caudal.

Los legisladores de 1866 quisieron, repito, remachar de manera indubitada, que los particulares tan sólo podrían aprovecharse de las aguas públicas, por títulos distintos de la propiedad, y para ello fueron más lejos de lo que la realidad nos ofrece.

Lo anterior, naturalmente, es aplicable sólo a las aguas públicas, y por ello adquiere importancia básica la calificación jurídica que demos a un determinado caudal como público o privado.

Evolucionando sobre los criterios de separación adoptados por la Ley de Aguas, el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, número 32 (no confundir con el de la misma fecha, número 33, que regula el régimen y aprovechamiento de las aguas públicas), estableció en su artículo 1.º, «como aclaración e interpretación de los textos legales vigentes que se entenderán como pertenecientes al dominio público, todas las que nacen en terrenos del mismo dominio y toda corriente natural de agua con su álveo...».

El artículo 2.º ratifica que solamente podrán otorgarse concesiones de aguas que tengan el carácter de públicas. Tal norma quedó derogada en 1931.

Es, por tanto, cuestión previa en cualquier asunto de aguas la de su calificación de públicas o privadas, pues el régimen jurídico es completamente diverso: las primeras nunca pueden pasar a dominio privado, pueden aprovecharse en base a concesión o prescripción y están sujetas a una intervención administrativa que abarca no sólo la vigilancia necesaria por razones de salud, de seguridad o de tranquilidad públicas (como ocurre con las privadas), sino que incide sobre el contenido de la utilización, sobre la forma de realizarla e incluso sobre la forma de extinguirse.

Puede parecer un contrasentido el hecho de que se hable constantemente, incluso en documentos públicos, de «propiedad privada» de aguas públicas. No solamente en materia de aguas, por desgracia, sino en cualquier parcela demanial, se utilizan equívocamente vocablos que no tienen el contenido típico que se les da en otras ramas del Derecho.

La Ley de Puertos y la misma Ley General de Obras Públicas manejan sin rigor científico ni técnico los conceptos de dominio público y propiedad del Estado, queriendo indicar con ello que los bienes dema-

niales no tienen titular por ser de propiedad común, colectiva o nacional, lo que, por cierto, se manifiesta también en la Ley de Aguas, cuando se dispone en el artículo 188 la reversión a la comunidad de regantes del «dominio colectivo» de las presas y acequias a que se refiere. Se olvida en estos casos que uno es el concepto sociológico y político de los bienes, y otro el jurídico, de tal forma que la titularidad en todo caso pertenecerá a una persona jurídica, llámese Estado o de otra forma, con regímenes distintos si se quiere, según la naturaleza concreta de los mismos. Esta carencia de rigor en nuestras leyes del siglo XIX y aun en muchas posteriores, tiene una base histórica innegable, que ha producido un confusionismo, razonable y excusable.

Una de las bases fundamentales del Estado moderno, como hemos manifestado en otro lugar, está formada por las antiguas regalías que se vienen generando desde la Edad Media. Nos interesan tan sólo las que los escritores de la época denominaron «regalías menores», en contraposición a aquellas otras que manifestaban en todo momento la superioridad mayestática del Príncipe.

La utilización del dominio público, que entonces tenía una concepción comunal, se llevaba a cabo a través de cesiones en forma de censos, de ventas, de donaciones, etc., utilizando los instrumentos de la época que entrelazaban los que eran típicamente públicos y los privados.

Los derechos sobre bienes demaniales formaban parte de las regalías y se cedían normalmente a los particulares.

Al producirse el derrumbamiento del régimen absoluto, los juristas constitucionales del siglo XIX se encontraron ante la necesidad de clarificar la situación de muchas instituciones y bienes.

Respecto de éstos, la labor fué difícil y aun hoy padecemos muchas de las consecuencias de entonces, porque la utilización indiscriminada de los vocablos «propiedad» y «concesión», hacía y hace difícil separar ambos conceptos. Son muchos los títulos jurídicos que utilizan la palabra propiedad, para referirse al dominio público, y muchas de nuestras Leyes, como dije antes, adolecen del mismo defecto (así ocurre con las primeras normas en España sobre minas).

No es de extrañar, por tanto, que la Comisión redactora de la Ley de Aguas quisiera borrar este confusionismo, y para ello utilizó la fórmula ya comentada de que ni siquiera después de separadas de sus cauces naturales, las aguas públicas pasen a propiedad privada de los particulares o de otras Administraciones.

Resulta de todo ello que la utilización de aguas públicas hoy día puede tener un amparo histórico que no sea ni la concesión, ni la prescripción, sino el título de cesión de una regalía, y todo consistirá entonces si debemos y podemos interpretar estos títulos y su terminología, con mentalidad actual o mentalidad de la época, o si, por el contrario, debemos olvidarnos de dicha terminología y entender que cuando se habla de propiedad respecto de bienes públicos se está hablando en definitiva de utilización en base a concesión normalmente o en base a otros títulos, pero nunca como propietario. En este sentido, se trataría en definitiva de

recoger el sentido censal de la utilización de las regalías, separando el dominio directo y el dominio útil.

En el presente caso la calificación de públicas de las aguas derivadas del manantial cuestionado es indudable.

En efecto, el origen de las actuaciones se inicia cuando en 1926 don H. solicitó autorización para realizar obras de alumbramiento de aguas, con el fin de obtener posteriormente la concesión que permitiría dedicarlas a regadío en la zona comprendida en el proyecto presentado.

Las actuaciones que se desarrollan dan lugar a la presentación de un proyecto global, para aprovechar 1.500 litros por segundo, con destino a regadíos.

Administrativamente finaliza esta etapa cuando se otorga la concesión por Real Orden de...

Basta lo reseñado para demostrar que se trataba de aguas públicas. De no haber sido así no hubiera sido posible hablar de concesión. Recuérdese, como ya se dijo, que el régimen jurídico del aprovechamiento de las aguas públicas y privadas es diametralmente opuesto y diverso, ya que la concesión no tiene parangón en el Derecho privado.

Con fecha 12 de noviembre de 1929 se otorgó la escritura de compraventa a favor de X., venta que naturalmente se refiere a la concesión y no a las aguas, que por su naturaleza de públicas no pueden ser objeto de comercio privado.

La concesión, como acto administrativo negocial, en la mayor parte de los casos, puede ser considerada como derecho y también como función, sobre todo las concesiones de servicios públicos.

En cuanto Derecho, la concesión puede ser objeto de tráfico jurídico normal con ciertas limitaciones administrativas, como, por ejemplo, la autorización previa (sustituída a veces por una ratificación posterior o una simple notificación), para que dichos actos jurídicos tengan eficacia frente a la Administración (aunque sean válidos *inter partes*).

Hasta aquí la situación jurídica era perfectamente clara: un caudal de aguas públicas concedido a un particular, que a su vez cede la concesión a otro [la palabra particular, obvio es decirlo, se toma en el sentido equivalente a «administrado» (persona física o jurídica)].

El acto administrativo concesional fué recurrido ante el Tribunal Supremo, que estimó el recurso y lo anuló por vicio de forma, dejando sin efecto todo el expediente incoado.

De esta sentencia interesa destacar que se hizo la declaración expresa del carácter público de las aguas referidas, y precisamente por ello, confirma la aplicación de la Real Orden de 5 de junio de 1883, que al no haberlo sido, da lugar a un vicio de nulidad.

La Sociedad X. había tomado posesión de todos los derechos en la fecha de la escritura, y posteriormente adquirió los terrenos necesarios, en donde construyó la casa de máquinas y la estación elevadora de aguas correspondiente.

Queda, por tanto, claro que hasta la fecha de la sentencia del Tri-

bunal Supremo, X. actuó efectivamente como concesionario derivado, por cuanto había adquirido la concesión de un primitivo titular.

Como consecuencia de la adquisición, ha llegado a inscribirse en el Registro de la Propiedad de L. el caudal de 596,4 litros por segundo, figurando con anterioridad, como es lógico, la inscripción a favor del cedente, señor H., y habiendo servido como título la concesión mencionada.

El resto del caudal, hasta 1.500 litros por segundo, no fué objeto de inscripción, por no figurar inscrito previamente a favor del cedente.

Campea en este aspecto el mismo error a que nos hemos referido líneas atrás, y que procede de la confusa terminología histórica. Tratándose de aguas públicas, insistimos una vez más, no debió haberse inscrito como aguas de propiedad particular, ni mucho menos haberse tomado la anotación preventiva por vicios subsanables. Estas aguas tenían entrada en el Registro de la Propiedad en base, o bien a la concesión (en este caso cedido a X.), o a la prescripción, pero en todo caso como aguas públicas, regidas por los artículos 69 y 70 del Reglamento Hipotecario, pero nunca por el 71.

Si esto es así, resulta que el hecho de haber anulado el Tribunal Supremo el acto administrativo concesional incide efectivamente sobre la inscripción, pero tiene menos importancia que el otro dato evidente de que se han inscrito aguas públicas como si fuesen privadas.

Es este un vicio esencial insubsanable y que deja sin valor y efecto la inscripción realizada.

Podemos concluir afirmando en este punto que en 1933, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo, cae una estructura jurídica de aprovechamiento de aguas públicas por concesión, y al mismo tiempo, al haberse inscrito muchos años después aguas públicas como si fuesen privadas, se produce una conexión entre la nulidad derivada de la sentencia, al dejar sin efecto todo lo actuado, y la nulidad por aplicación del artículo 4.º del Código civil, ya que se infringen todas las disposiciones legales y reglamentarias sobre la inscripción de aguas públicas y privadas en el Registro de la Propiedad.

Segundo.—Situación jurídica generada desde 1933 hasta que se produce la petición de inscripción de los aprovechamientos de aguas cuestionados.

Conviene que examinemos en este punto cuál fué la situación mantenida después de los acontecimientos anteriores.

Por Orden ministerial de... se acordó que dicha sentencia fuese cumplida en sus propios términos. La realidad, sin embargo, hizo imposible la reposición del manantial al estado físico en que se encontraba con anterioridad a las obras de limpieza y acrecentamiento de caudales.

No era posible reemprender la tramitación que había sido anulada totalmente por el Supremo. Tampoco era posible suprimir el funcionamiento de los riegos, pues esto hubiera supuesto la ruina práctica de los

agricultores. La situación de hecho continuó ininterrumpidamente de manera pública, pacífica y de buena fe.

Aquí radica precisamente la fuerza de la posición jurídica de X., que ha adquirido por prescripción un aprovechamiento de aguas públicas para riegos ajenos, y esto es lo que vamos a demostrar cumplidamente.

Para ello es preciso referirnos ante todo a las reclamaciones presentadas por las comunidades de regantes y los propietarios que acudieron al trámite de información pública en este expediente.

Las reclamaciones presentadas vienen a decir en sustancia que X. no puede invocar la prescripción, porque no es usuaria de las aguas, sino que se limita a vender el agua a terceros, y que ha venido aprovechando las aguas de manera ilegal, pues la sentencia del Tribunal Supremo invalidó la concesión inicial.

La Abogacía del Estado, en su informe, baraja también con cierta imprecisión los conceptos de propiedad y concesión, por lo que desenfoca el fondo del problema, entremezclando unos aspectos de forma relativos al acta de notoriedad con otras de fondo, no apareciendo con claridad en la conclusión si se opone a la adquisición por prescripción o a que ésta sea a perpetuidad, cosas completamente distintas.

Los argumentos aducidos son precisamente los que sirven de apoyo para legitimar la petición de X., y debemos decir inmediatamente que hay que olvidar por completo toda la primera fase hasta 1933, en que se produce la sentencia del Tribunal Supremo, que en cierto sentido aclara la serie de actuaciones anteriores y nos ofrece un horizonte despejado, a partir del cual podemos ver con claridad la maduración absoluta del plazo de prescripción.

A) La prescripción como título legitimador del aprovechamiento de aguas públicas.

Los títulos habilitantes para el uso excepcional de las aguas públicas son dos, según el Código civil (art. 409): la concesión y la prescripción.

Hemos dicho también que no hay que olvidar los títulos históricos, pero reconociendo, como ya se dijo, la confusa terminología utilizada en los mismos.

La jurisprudencia se ha venido preocupando por resolver los casos concretos que llegaban a ella, sin crear una doctrina general sobre la prescripción en materia de aguas públicas.

Sin embargo, puede y debe intentarse construir una doctrina sobre esta figura, no sólo sobre el momento de la adquisición, sino también sobre la situación del titular, una vez que ha madurado este derecho.

a) Los requisitos generales para que actúe la prescripción en materia hidráulica son:

Transcurso del tiempo sin oposición de la autoridad o de tercero; utilización con ánimo de transformarse en titular de un aprovechamiento hidráulico; disfrute pública y pacíficamente de las aguas; no uso en

concepto de concesionario, sino como usuario, que independientemente de la concesión y fuera de ella, aspira a prescribir.

En sentido contrario, no puede prescribir el concesionario ni aquel que sufre la oposición de la Administración pública, puesto que en este caso se transforma en un usuario tolerado.

b) Como en el caso presente, existe cierta confusión en los escritos de los reclamantes y en el propio informe de la Abogacía del Estado, sobre la relación existente entre concesión y prescripción, ya que la oposición fundamentalmente se basa en la existencia de una concesión anulada, es preciso referirnos a este punto con un poco más de detalle.

Decimos que el concesionario no puede prescribir, porque aparte de que no le interesa, carece del *animus* necesario para ello. Esto se refiere naturalmente a la misma cantidad de agua concedida, pero no impide ni mucho menos que una concesión de aguas pueda modificarse durante su vida a través de la prescripción. No hay, pues, una incompatibilidad de naturaleza entre concesión y prescripción. El Consejo de Estado abordó este importante problema en el expediente 23.980, dictamen de 4 de diciembre de 1958. Se trataba precisamente de una petición de inscripción de mayor caudal que el concedido, y se dió lugar a dicha inscripción, porque la utilización de ese mayor caudal no implica una violación de los términos de la concesión, que eventualmente pueda provocar la caducidad de la misma,

«por cuanto que en el régimen de prescripción de aprovechamiento de aguas públicas se establece un plazo unitario de veinte años, haciendo abstracción de las circunstancias de dolo inicial, posesión sin justo título y sin buena fe, etc., que sólo afectan a la modulación de los distintos plazos que establece el Código civil para la prescripción adquisitiva de otros derechos».

Se produce, por tanto, una interferencia por el titular concesional y prescriptorio que no puede extrañar a nadie, puesto que el propio artículo 411 del Código civil ha previsto esta interferencia al hacer posible que una concesión caduque por el no uso durante veinte años.

En un terreno de pura lógica deberían caminar separados completamente ambos títulos, y sin embargo, la prescripción afecta también a un título concesional en algunos casos. Problema distinto es el contrario y reservamos este examen al tercer punto del dictamen.

La posición adoptada por el Consejo de Estado español se basa en que para prescribir aprovechamientos de aguas públicas basta la simple posesión material.

Hay que entender en sus justos términos estas palabras. Quiere decirse que ha de tratarse de una posesión legítima, no bastando el simple hecho; pero quiere decir también que no son precisos más requisitos que los que se derivan del concepto de legítima posesión, y éstos exigen que la posesión sea constante o continua, ininterrumpida, pública o pacífica, pero nada más, es decir, que no hace falta ni la buena fe ni el justo título.

El mismo criterio se mantiene en el Ordenamiento italiano por la doctrina y por la jurisprudencia (vid. PACELLI, *Le acque pubbliche*, 1934, págs. 406 y sigs.).

La interferencia entre concesión y prescripción ha sido recogida también por la jurisprudencia. *La sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 7 de marzo de 1898* sentó el principio de que habiendo usado un concesionario durante más de veinte años las aguas sobrantes sin tener oposición de la autoridad o de terceros, es evidente que, además del derecho fundado en la concesión, *concorre el no menos legítimo de la prescripción*, al amparo del Código civil y de la Ley de Aguas, no pudiendo perturbársele, ni mucho menos ser privado de la continuación del aprovechamiento, si no es por utilidad pública o previa indemnización.

Siendo posible, como queda demostrado, que una concesión pueda modificarse a través de la prescripción por modificación del caudal o de su destino, ¿cómo se puede sostener la postura de los reclamantes, de que al haberse anulado la concesión en el año 1933, X. se ha colocado en situación ilegal al continuar con la explotación y utilización de las aguas? Lo exacto es precisamente lo contrario, que hay que hacer caso omiso desde el punto de vista jurídico de todo lo actuado hasta el año 1933, porque el plazo prescriptorio empieza precisamente entonces, y si éste es computable mientras exista una concesión, con mucha mayor razón lo es cuando ésta ya no existe, pues entonces la única vía hábil para legitimar un aprovechamiento de aguas es el *lapsus* de tiempo.

c) La posición general de la jurisprudencia y de los Decretos resolutorios de cuestiones de competencia es la del respeto del estado posesorio de quienes vienen utilizando las aguas públicas.

La *sentencia de 19 de junio de 1897* afirma que quien durante más de veinte años ha utilizado aguas públicas, debe ser respetado en su estado posesorio, y en el mismo sentido las de *24 de marzo de 1898*, *11 de mayo de 1901* y *8 de marzo de 1902*.

La *sentencia de 11 de julio de 1902*, abundando sobre la doctrina anterior, fundamenta el respeto al estado posesorio y habla de que de ordinario representa una riqueza agrícola de primer orden.

Este es exactamente el caso presente, y precisamente para evitar una crisis agrícola en las zonas regadas, se mantuvo después de la anulación de la concesión un estado de hecho que dura más de treinta años.

El respeto al estado posesorio supone que la perturbación da lugar a indemnización. La sentencia ya citada de *7 de marzo de 1898* y la de *16 de octubre de 1914*, aquélla del Tribunal de lo Contencioso y ésta del Tribunal Supremo, acuerdan indemnizaciones en favor del usuario por prescripción, consecuencia de perturbaciones en su estado posesorio.

En el mismo sentido, el *Real Decreto de 27 de febrero de 1903*, resolutorio de competencia, reconoce expresamente que las aguas públicas pueden ser objeto de disfrute por parte de los particulares en base a la posesión no disputada durante largo tiempo por la Administración.

Esta tónica general de la jurisprudencia se mantiene en las *senten-*

cias de 25 de enero de 1935, que declaran que la Administración no puede obligar a quien ha adquirido por prescripción a construir un embalse regulador.

Importante a los efectos de este dictamen es el problema del momento en el que se entiende consumada la prescripción, lo que naturalmente implica conocer el momento inicial.

La *Real Orden de 12 de marzo de 1902*, en su artículo 2.º, admite como *dies a quo*, no una fecha determinada, sino cualquier fecha.

La sentencia de 17 de abril de 1958 resuelve un importante caso sobre el momento de la prescripción. Se trataba de aguas que habían sido utilizadas hasta 1930 desde tiempo inmemorial. En 1930 se interrumpió el aprovechamiento, existiendo ya en dicha fecha el hecho prescriptorio, sin que a partir de ese momento se haya extinguido por el no uso durante veinte años, pues aunque no se pudo usar materialmente, fue por razones de fuerza mayor, debido a órdenes de la propia Administración.

El artículo 1.944 del Código civil es aplicable a la prescripción que está transcurriendo, pero no a las que están ya consumadas, de donde se infiere que no es preciso poseer cuando se solicita la inscripción en el Registro de Aguas, pues si se pensara lo contrario, se confundiría el momento en que se adquiere un derecho y aquel con el que se reconoce (asiento registral).

En esta misma línea, la *sentencia de 2 de marzo de 1962*, que aborda además el problema de la innecesidad de trámite de audiencia en los expedientes de concesión de aguas públicas, sustituido por la información pública y la confrontación de proyectos, sienta la doctrina de que la Administración no es un tercero en su vinculación jurídica con el poseedor, por lo que tiene que reconocer la prescripción que contra ella se ha dado con efectividad al momento en que quedó cumplido el término prescriptorio, y por ello, concesiones posteriores lo son sin perjuicio de tercero.

Estas dos importantes sentencias son de rigurosa aplicación al caso presente.

La Sociedad X. ha poseído con los requisitos legales exigidos y aun con los no exigibles (puesto que ha tenido buena fe y, como veremos, su actuación ha sido reconocida expresamente por la Administración) desde 1933, en que se anula la concesión inicial.

En este momento deja de ser concesionaria dicha Sociedad —no olvidemos nunca que lo era a título derivativo por la adquisición del concesionario inicial—, y empieza la posesión legítima material, que se ha consumado a los veinte años exactos de aquella fecha, fecha que, si quisiéramos ser más exactos, empezó a contarse el 2 de julio de 1933, al día siguiente de dictarse la sentencia firme del Tribunal Supremo.

En la misma fecha de 1953 —o en 1956, descontando los años de guerra— X. ha consolidado su derecho por prescripción, y solicita su reconocimiento años después, porque necesita el reconocimiento legal.

La jurisprudencia citada hasta aquí es concluyente respecto de la

legitimidad absoluta de la prescripción consolidada por X., con independencia de todo lo actuado antes de 1933.

d) Hemos dicho que X. solicita la inscripción del aprovechamiento, y esto nos lleva de la mano a examinar la naturaleza del Registro de Aguas Públicas.

Forma parte este Registro, como todos los Registros jurídicos en general, de la actividad certificante de la Administración pública.

La importancia de los Registros en el Ordenamiento varía desde una función constitutiva a una meramente probatoria, que es lo normal.

Tanto en un caso como en otro, nos encontramos ante simples actos de «comprobación».

La no inscripción de un acto en un Registro puede producir efectos de diversa índole, según la naturaleza de esta inscripción. Puede dar lugar a la nulidad del acto, a sanciones pecuniarias, al desconocimiento del acto frente a la Administración, etc.

En el peculiar caso de las aguas públicas, la reacción la ofrece el artículo 7.º del *Real Decreto de 12 de abril de 1901*: considerar como abusivo todo aprovechamiento que no se haya inscrito. Esta reacción queda endurecida cuando a partir de 1918 se hace obligatoria la inscripción.

Son casos muy diferentes la obligatoriedad de la inscripción con los efectos constitutivos o declarativos de la misma.

El Registro de Aguas públicas es obligatorio, pero no es constitutivo. Se limita a reconocer una situación de hecho, que puede derivar de un acto jurídico expreso (concesión), o del transcurso del tiempo (prescripción).

Este carácter del Registro es evidente si se tiene en cuenta cuál es el motivo de su creación.

Su finalidad es la de conocer el régimen de las corrientes y el caudal de aprovechamientos, evitando así abusos y pérdida de riqueza y evitando que se puedan superponer aprovechamientos por desconocimiento oficial.

Siendo obligatoria la inscripción de los aprovechamientos, esta obligación corresponde tanto al usuario como a la Administración.

El artículo 2.º de la *Real Orden de 12 de marzo de 1902* es aplicable a ambos casos.

La *sentencia de 2 de noviembre de 1903*, del Tribunal de lo Contencioso, confirma el derecho indudable a la inscripción, que puede ser provisional, cuando se omite alguno de los requisitos exigidos en el artículo 2.º del *Real Decreto de 12 de abril de 1901*, pero en ningún caso puede denegarse.

El carácter puramente declarativo se mantiene por la *sentencia de 10 de junio de 1905*, del Tribunal Supremo, al afirmar que el Registro de Aguas públicas no otorga derechos, sino que los garantiza.

La *sentencia de 14 de noviembre de 1955* nos dice que la inscripción sólo legaliza la situación y protege al titular contra disposiciones de la Administración que menoscaban los derechos inscritos.

En el mismo sentido se manifiesta el Consejo de Estado.

El *dictamen de 23 de junio de 1960* (Exp. 26.319) corrobora el precepto contenido en la norma tercera de la Real Orden de 12 de marzo de 1902.

En el Registro de Aguas públicas se inscriben solamente las que tengan esta naturaleza y nunca las aguas privadas, aunque éstas se hayan adquirido por prescripción.

En este sentido se manifiesta el *dictamen de 1 de marzo de 1956* (Exp. 18.611). Es importante este criterio, que es lógico, pero que dada la variada terminología que se utiliza en muchos títulos, como quedó dicho al principio de este dictamen, puede dar lugar a confusión. Mediante prescripción se pueden adquirir aguas privadas en dominio y aguas públicas en simple aprovechamiento. Sólo estas últimas tienen acceso al Registro de Aguas públicas.

Puede suceder que exista una pugna entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad. No debiera ser así, ya que para inscribir un aprovechamiento de aguas públicas en este último Registro es preciso la previa inscripción en el de Aguas, principio ya contenido en el Reglamento Hipotecario de 1915.

Pero con anterioridad a éste se han producido inscripciones independientes.

Pugnan aquí dos principios contrarios: el de legitimación registral, según el cual debe ser la Administración la que tome la iniciativa de la impugnación judicial, reivindicando sus derechos, y a la vez impugnando los asientos registrales que los desconocen. El otro principio es el de la obligatoriedad del Registro de Aguas.

En materia demanial se puede sostener fácilmente que prevalece el principio de legitimación registral, mientras que en materia de aguas la Administración puede desconocer los aprovechamientos no inscritos en el Registro especial de ellas.

El Consejo de Estado, en *dictamen de 7 de junio de 1950* (Expediente 5.915), mantuvo este punto de vista.

He aquí por qué tiene importancia la inscripción de las aguas públicas en el Registro administrativo especial.

Quien sea titular de un aprovechamiento ganado por prescripción y no lo haya inscrito en dicho Registro, puede ser desconocido por la Administración pública en términos generales; digo en términos generales, porque en algunos casos puede haber actuado con actos propios que enerven un posible desconocimiento, y es éste precisamente el caso de X.

La *sentencia de 5 de mayo de 1916* sienta el principio de que mientras no se inscriba en el Registro, no será realizado el acto administrativo de reconocimiento de un sistema, y la fijación de un volumen de aguas utilizadas necesario para reclamar en vía contencioso-administrativa, cuando se cause una lesión; la de *21 de febrero de 1917* estableció que el Real Decreto...

«dispuso que la inscripción en el Registro es un acto administrativo que equivale a la concesión, para que el interesado pueda exi-

gír ante la Administración activa y contencioso-judicial el respeto a la posesión, de donde se sigue, por identidad de causa, que si la Administración en sus resoluciones reconoce la existencia o subsistencia del aprovechamiento, habiendo adoptado medidas para mantenerlo o protegerlo, ampara también con sus actos la protección del usuario, y así aparece su actitud legal de recurrir en una y en otra esfera los acuerdos de la misma Administración, que desconozcan o menoscaben su derecho. El respeto al estado posesorio en materia de aguas es supuesto obligado de toda providencia administrativa, como lo ha declarado de consuno el Poder moderador y la jurisprudencia de esta Sala».

Esta importante sentencia es de rigurosa aplicación al presente caso y a ella nos referiremos más adelante.

Nos interesa en este momento traerla a colación en lo que respecta a la importancia de la inscripción en el Registro de Aguas.

Desde otro punto de vista, los aprovechamientos no inscritos pueden ser calificados de clandestinos. Conviene, sin embargo, distinguir dos clases de clandestinidad: la que carece de título, por no haberse legitimado por concesión ni por prescripción, y que supone una irregularidad de fondo, y la del que teniendo título legítimo, no está inscrito en el Registro administrativo de Aguas, y que supone una irregularidad de tipo formal que afecta al buen orden de la Administración, al obstaculizar el conocimiento que ésta debe tener de los aprovechamientos, a efectos de su ordenación y planificación.

En el primer tipo de clandestinidad, el usuario puede y debe ser intimado a su cesación inmediata, mientras que en el segundo la intimación debe tender a la formalización de la inscripción bajo sanciones administrativas.

Este distingo ha sido recogido en el *dictamen del Consejo de Estado de 7 de junio de 1958*, al informar el proyecto de Reglamento de Policía de aguas.

Una última prueba del carácter público de las aguas del manantial objeto de este dictamen nos la ofrece el hecho de que se ha solicitado la inscripción en el Registro de Aguas públicas, en el que, repetimos, no tienen cabida las aguas privadas.

La *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1963*, en su octavo Considerando, afirma la condición de aguas públicas no sólo por lo que se deducía de los autos en este sentido, sino porque, además, se corroboraba con la solicitud de inscripción en el Registro administrativo de Aguas.

Sentencia plenamente aplicable al caso presente.

B) *Procedimiento de formalización y legalización de aprovechamientos adquiridos por prescripción.*

Se arbitra un doble procedimiento:

Uno administrativo-notarial y otro típicamente administrativo ante

el Ministerio de Obras Públicas. El primero sustituye a la antigua información posesoria con un acta de notoriedad instruida ante el Notario competente.

Este doble procedimiento exige el destacar las competencias de cada uno de los órganos y personas que intervienen, puesto que no pueden ser competencias superpuestas ni contrarias, sino en todo caso complementarias.

La *Real Orden de 12 de marzo de 1902*, en su norma 4.^a, distingue la competencia, —hoy notarial— referente solamente al hecho de la posesión y la competencia administrativa, en cuanto a la cantidad de agua utilizada.

Empecemos por este segundo aspecto.

El caudal de agua es básico en todo aprovechamiento de aguas, pero su aforo puede realizarse en distintos momentos y de distintas formas.

Si el aprovechamiento se obtiene mediante concesión, lo normal es que el aforo constituya una fase más del procedimiento concesional, obligatorio en algunos casos (art. 190 de la Ley de Aguas). En este caso, la inscripción en el Registro es automática. Pero puede ocurrir que incluso en los aprovechamientos mediante concesiones, el caudal no venga determinado desde un principio, sino que se deje a un momento posterior, cuando la experiencia demuestre y haga posible dicho aforo. Es decir, que en los supuestos de concesiones, o éstas fijan el caudal como una fase más anterior a su otorgamiento, o se remiten al momento posterior. En el primer caso bastará con el título de concesión para la inscripción. En el segundo, en cambio, habrá que llevar a cabo el aforo, según dispone el artículo 3.^o del Real Decreto-Ley número 33, de 7 de enero de 1927.

Cuando se alegue la prescripción como título inscribible, hay que prefabricarlo, y a esto obedece la fase notarial previa a la típicamente administrativa.

Aquí ya no cabe hablar de un doble procedimiento, de concesión y de inscripción, sino de uno único, en el que se solicita el reconocimiento del derecho a través de un estado posesorio de veinte años como mínimo y el señalamiento de un caudal que ha de ser función del modo y forma en que se han utilizado las aguas (art. 409 del Código civil). Es en este único procedimiento en el que se debaten ambas cuestiones: el reconocimiento del derecho y el caudal a utilizar.

La competencia de la Administración alcanza, desde luego, al señalamiento del caudal. Es ésta una competencia típica de la Administración, reconocida en el artículo 152 de la Ley de Aguas, en la Real Orden de 12 de marzo de 1902 y Real Decreto-Ley número 33, de 7 de enero de 1927.

La jurisprudencia ha sido constante sobre esta competencia.

Las sentencias de 30 de septiembre de 1931, de 2 de marzo de 1950, 10 de diciembre de 1955, 27 de abril de 1956, 19 de diciembre de 1959, 20 de mayo de 1960, 24 de junio de 1960, 27 de septiembre de 1960, etcétera, sientan la doctrina invariable de que la fijación del caudal

es una cuestión técnica que debe ser realizada por la Administración; que prevalece el examen técnico sobre el testifical; que ha de llevarse a cabo su fijación con sujeción a determinados módulos, como son la necesidad del riego, la permeabilidad del terreno, la longitud de la acequia, etc.; que no se lesionen derechos a no ser que se trate de la fijación de un caudal insuficiente para los riegos.

Es incuestionable, por tanto, esta competencia.

En el caso de aprovechamiento adquirido por prescripción no existe más que un procedimiento como se dijo, una de cuyas fases es el aforo de los caudales en función de los criterios que quedan reseñados.

Con las palabras «modo y forma» de utilización que emplea el Código civil, se quiere expresar la clase de aprovechamiento, el número de litros por segundo utilizado y los terrenos que son objeto de riego. No es preciso, sin embargo, que absolutamente todas las condiciones de los aprovechamientos hayan existido más de veinte años.

Lo esencial es que la prescripción recaiga sobre los elementos fundamentales del mismo, aunque en aspectos concretos haya habido variaciones de menos de veinte años.

El principio general que informa nuestra Ley de Aguas es el de la máxima utilidad y aprovechamiento de las mismas, evitando desperdicios y residuos poco rentables. En el caso de los riegos, ha de tratarse de las aguas necesarias e indispensables para la buena fertilización de los campos, jugando con la posibilidad de la modificación de derivaciones en algunos casos.

La *sentencia de 31 de diciembre de 1960* aborda esta cuestión en el sentido expuesto.

Hasta aquí el procedimiento administrativo de inscripción. Como base para el mismo, es preciso que exista un título acreditativo de la adquisición por prescripción. No puede la Administración reconocer una prescripción simplemente por la probabilidad de que ésta exista (sentencia de 5 de noviembre de 1956). Ha de demostrarse cumplidamente que se ha producido el hecho de la posesión durante los plazos que la Ley marca y para ello se utiliza el procedimiento notarial del acta de notoriedad.

Entre los requisitos a que alude el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, figuran los Edictos que se han de publicar en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos a cuyo territorio pertenezca el «aprovechamiento», y en el *Boletín Oficial de la Provincia*.

¿Qué debe entenderse por aprovechamiento en este caso?

¿Solamente deben publicarse los anuncios en el Municipio donde se verifique la derivación o toma de agua o en aquellos en donde existan tierras regadas?

Nos inclinamos a pensar en esta segunda solución. Efectivamente, si lo que se pretende con esta información pública es la de conocer los posibles contradictores, tanto del hecho de la prescripción como de la imposibilidad de inscribir por algunos otros motivos, parece evidente que por aprovechamiento hay que entender la utilización de las aguas y no solamente la derivación de cabecera de la misma.

Tenemos, pues, competencias claras de la Administración (fijación del caudal) y del Notario (demostración del hecho de la posesión).

Queda, sin embargo, un elemento equidistante de ambos, y es la fijación de la extensión del terreno regado.

En los supuestos de concesión, su omisión no es un vicio esencial del procedimiento, siempre que sea posible reducir a hectáreas o a una medida específica las parcelas regadas.

Ahora bien, en los casos de prescripción en que tan sólo existe un procedimiento ante la Administración pública, tomando como base el acta de notoriedad, parece necesario el señalamiento y concreción de los terrenos que se benefician del aprovechamiento. Por ello, la jurisprudencia se inclina por no otorgar un carácter automático y vinculante a las actas de notoriedad para la inscripción. La *sentencia de 30 de septiembre de 1931* separa entre los requisitos de las actas de notoriedad el referente al hecho de la posesión y la competencia de la fijación del caudal típicamente administrativa.

Igualmente, se mantiene la validez de inscripciones en base a actas de notoriedad, pero con ciertas condiciones y limitaciones. La *sentencia de 16 de mayo de 1963*, amparándose en el artículo 409, párrafo 2, del Código civil, mantiene la validez de estas condiciones y limitaciones.

La *sentencia de 15 de junio de 1961* manifiesta que el acta de notoriedad debe reseñar la superficie regada, pero no la superficie regable.

Se desprende de esta jurisprudencia que no es automática la inscripción y que puede ser condicionada. Ahora bien, no olvidemos que estas limitaciones en los casos de prescripción han de mirarse con mucha cautela, porque es el *modo* y *forma* del aprovechamiento prescrito el que vincula a la Administración a estar y pasar por él. Cuando se trata de concesiones, las condiciones vendrán impuestas por la propia concesión. En todo caso, demostrado el hecho de la posesión, el terreno regado y las condiciones en que han venido realizándose estos aprovechamientos, la Administración viene obligada a inscribir y a fijar un caudal necesario y suficiente para el riego, si es que de este aprovechamiento se trataba. Con esto estamos diciendo que la Administración pública no actúa «discrecionalmente» al encontrarse ante un aprovechamiento adquirido mediante prescripción, sino en todo caso ante una «discrecionalidad técnica», que es verdadera vinculación. La fijación del caudal y el señalamiento del modo y forma de utilización no son cuestiones de valoración, sino de comprobación mediante las reglas de la técnica hidráulica y agronómica.

Hemos visto, por tanto, los tres requisitos fundamentales necesarios para legalizar una situación consolidada de prescripción:

1.º El hecho posesorio consumado automáticamente al transcurrir los veinte años (véase la jurisprudencia citada sobre el particular).

2.º Determinación de la superficie regada.

3.º Fijación del caudal en función del modo y forma de utilización y que genera una simple discrecionalidad técnica en la Administración.

Tercero.—*Posición jurídica del titular de aprovechamientos hidráulicos obtenidos por prescripción.*

En este punto vamos a distinguir dos aspectos:

A) *Quién puede prescribir.*

Es este uno de los puntos más discutidos en el expediente, ya que los reclamantes han alegado la imposibilidad de prescribir por parte de quien —afirman— no utiliza las aguas, sino que se vale de ellas para venderlas a terceros.

Envuelve este argumento un sofisma cuya falta de base es fácilmente comprobable.

Es principio general del derecho, que nadie puede usucapir más de lo que puede adquirir y poseer y precisamente por esto no es posible adquirir la propiedad del dominio público por la prescripción normal (dejo aparte el problema de la inmemorial). El brocardo latino *quae non possunt alienari, non possunt praescribere* ha sido recogido por el Tribunal Supremo, entre otras, en las *sentencias de 11 de noviembre de 1905 y 27 de noviembre de 1923*. Pues bien, si no se puede prescribir más de lo que se puede adquirir y poseer, *a contrario sensu*, todo lo que se puede adquirir y poseer puede ser prescrito. Como no se trata de adquirir la propiedad del dominio público que es una *res extra commercium*, sino del aprovechamiento del mismo, es evidente que lo que se pueda adquirir mediante concesión se puede adquirir mediante prescripción, es decir, el uso excepcional de las aguas públicas. Pero aquí ya no hay limitaciones. Todos los aprovechamientos de aguas públicas pueden ser adquiridos mediante prescripción. El artículo 149 de la Ley de agosto está colocado en la sección primera de carácter general y la limitación a que se refieren las reclamaciones e incluso el informe de la Abogacía del Estado (nada claro en este punto) no tiene base legal ni consistencia alguna. Entonces resulta que no existe inconveniente en que prescriban el aprovechamiento de aguas para riegos, no sólo los propietarios de tierras o las Comunidades legalmente constituidas, sino también aquellas personas físicas o jurídicas que riegan tierras ajenas mediante el pago de un canon.

El absurdo de la posición de los reclamantes se demuestra al tener en cuenta que estas sociedades o empresas como las denomina la Ley de Aguas no sólo están autorizadas, sino que existen preceptos de política fiscal y de otra índole que les otorgan beneficios e incentivos para fomentar su constitución.

Nos bastaría con mencionar a Joaquín Costa como mentor y promotor de muchas de estas empresas, que desde el año 1911 y aún antes han transformado de seco en regadío una gran parte del territorio español y si hoy su actuación está más difuminada, no es porque sea menos importante, sino porque el propio Estado, comprendiendo la importancia del problema, se ha transformado en una de estas Entidades

a las que alude la Ley. La política hidráulica del Estado a partir de 1933, ha tendido precisamente a la construcción y explotación directa de pantanos y presas.

Para remachar más la importancia de estas entidades, el artículo 197 de la Ley de Aguas, sujeta al pago del canon, no a los propietarios o arrendatarios de las tierras que se riegan, sino a los terrenos mismos. Es un caso típico de «carga real sobre las fincas».

La figura jurídica verdadera que se nos ofrece a la vista, es la de una doble actuación en general. Por una parte, una utilización demanial basada en concesión o en prescripción, y por otra, una prestación de servicio de utilidad general, siendo el pago del canon la contraprestación de dicho servicio.

Nos aparece aquí el régimen de «tarifación» tan conocido en las concesiones de servicios públicos típicos.

Queda claro, por tanto, que X. puede perfectamente usucapir aguas públicas para regar terrenos ajenos.

B) *Situación del titular.*

Es este un punto que no ha sido resuelto por la jurisprudencia española, aunque se puede y se debe crear una doctrina al respecto. Los problemas son los siguientes:

¿Adquiere el usucapiente más derechos que el concesionario?

¿Adquiere derechos a perpetuidad en todo caso?

¿Está obligado al pago de cánones u otras limitaciones?

A nuestro juicio, el hecho de que el título legitimador sea civil —en realidad la prescripción no pertenece al Derecho civil, sino a la teoría general del Derecho— no quiere decir que la adquisición sea a título de dueño, como hemos demostrado a lo largo de este dictamen, porque no se puede ser dueño de aguas públicas.

Entonces no cabe más solución que identificar los derechos del usucapiente a los del concesionario, bien porque la prescripción nos da una presunción de concesión, bien para que se le aplique en cuanto se pueda la regulación de éstas. Algunos atisbos jurisprudenciales y de cuestiones de competencia nos pueden ayudar a hacer esta equiparación.

El *Real Decreto de 8 de febrero de 1897*, al resolver una cuestión de competencia entre el poder judicial y la Administración, manifestaba que la cláusula «sin perjuicio de terceros», prevista en el artículo 150 de la Ley de Aguas, es aplicable a la prescripción. En este sentido también se manifiesta la *sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1962*.

El propio Consejo de Estado, en numerosos dictámenes, ha dejado entrever la similitud entre concesión y prescripción y la colocación del artículo 149 dentro de la sección 1.ª del capítulo XI de la Ley de Aguas, que se encabeza con los vocablos «de la concesión de aprovechamientos», da pie para una equiparación dentro de lo posible.

En el Derecho comparado es esta la solución aceptada, no sin vacilaciones, por la jurisprudencia y doctrina. Si el Derecho que se adquiere

por prescripción es público subjetivo y no un derecho privado de propiedad, como tantas veces hemos manifestado, es lógico equiparar las consecuencias al título concesional que es el típico del aprovechamiento de las aguas públicas.

La cuestión es importante, referida sobre todo a la duración del aprovechamiento. Según el artículo 188 de la Ley de Aguas, las concesiones de aguas para riegos de tierras ajenas no excederán de noventa y nueve años, mientras que las que se otorgan a los propietarios individual o colectivamente, son a perpetuidad. Véase la importancia de adoptar una postura u otra.

A nuestro juicio la solución acertada es la de la equiparación entre prescripción y concesión, limitando, por tanto, el aprovechamiento de aquélla en el supuesto del artículo 188 a los noventa y nueve años previstos en el mismo, con la reversión establecida.

¿Desde qué momento empieza a computarse el plazo de noventa y nueve años?

Evidentemente, desde el momento en el que se ha consolidado automáticamente el plazo de prescripción. En el caso de X a partir de 1953.

Ahora bien, esta equiparación no es absoluta, pues hay momentos y situaciones aplicables únicamente a los concesionarios. Por ejemplo, no puede extinguirse el aprovechamiento obtenido por prescripción a través de la figura de la caducidad que requiere una concesión previa. En principio es el no uso durante veinte años el modo de extinguirse dicho aprovechamiento (prescripción extintiva aplicable también a las concesiones como se dijo). Esto no impide a la Administración pública el poder utilizar otros medios de coacción sobre quienes desperdicien y malgasten las aguas recibidas por prescripción, llegando incluso a la expropiación de tales aprovechamientos, pero previa indemnización. Uno de los medios de coacción serían las sanciones administrativas.

En cambio, sí que es de aplicación al titular de aguas públicas por prescripción, el pago de la tasa o canon que se implante con motivo de la regulación de la corriente de donde derivan las aguas.

Es preciso atender a cada uno de los momentos de la vida del aprovechamiento para indicar la similitud o la separación entre concesión y prescripción, pero una cosa es clara: en la prescripción no se establece un nexo jurídico y, por tanto, no aparece la figura de la supremacía especial que, en cambio, tiene un gran juego en la concesión. Puede hablarse de revocación de una concesión y de expropiación de un aprovechamiento adquirido por usucapión, pero no de revocación en este segundo supuesto, por faltar, como digo, la ligazón jurídica de la concesión. Ambos títulos pueden legitimar expropiaciones de aprovechamiento que le precedan en el orden establecido en el artículo 160 de la Ley y la prescripción puede legitimar la expropiación de un aprovechamiento inferior en grado, adquirido por concesión.

Cuarto.—*Aplicación de lo anterior a la Sociedad X.*

La aplicación de lo anteriormente expuesto a X, debe soportar, no obstante, una variante de gran interés, y es que la Administración pública en todo momento, y reiteradamente, ha venido reconociendo por actos propios indubitados la existencia del aprovechamiento y lo ha legitimado y amparado nada menos que aprobando los cánones o tarifas que debían pagar los usuarios, estos mismos usuarios que ahora reclaman cuando han venido aprovechándose para sus tierras de las aguas elevadas y han venido pagando puntualmente los cánones exigidos.

Este reconocimiento se evidencia, y lo exponen los propios reclamantes y obra en el expediente una fotocopia del escrito del Gobierno Civil de K., de..., fijando un nuevo precio para la elevación de agua de los manantiales. La doctrina de los actos propios, que en el caso de la Administración estatal pública significa el reconocimiento que los órganos deben realizar de los actos de los demás, cuando entren en su competencia, pues se trata de una persona jurídica única, la del Estado, según manifiesta la Ley de Procedimiento Administrativo, está tan palmariamente admitida por la jurisprudencia, que no merece la pena insistir más sobre ella. No puede honestamente la Administración que ha venido amparando un aprovechamiento que hubiese podido cortar de raíz tan sólo con negarse a aprobar los cánones y que hubiese obligado a recurrir a la Entidad con seguridades de éxito, no puede desconocer los hechos consumados.

La confusión que ha sembrado el presente expediente, a juzgar por las reclamaciones y por el dictamen de la Abogacía del Estado, deriva de no haber separado totalmente las actuaciones habidas hasta 1933 y las posteriores.

Otro punto que ha hecho surgir dudas ha sido la petición de inscripción de una parte del caudal, por tener la otra inscrita en el Registro de la Propiedad.

Hemos visto que esa llamada «propiedad» no es tal en el sentido civil de la palabra y que nunca debió haberse inscrito en el Registro sin haber obtenido antes el de aguas; hemos visto también cómo cuando exista un choque entre ambos Registros, el principio de legitimación hipotecario no es aplicable en su totalidad, lo que significa que no tiene la Administración por qué tomar la iniciativa de un proceso de anulación de asientos.

De todo esto resulta que X. ha adquirido por prescripción un caudal de 1.500 litros por segundo, que debe ser reconocido en el momento del aforo por la Administración, en función de la tierra regada; que no puede estimarse propietario civil de la parte de caudal inscrito, inscripción que es inválida no sólo y no tanto por la *sentencia del Tribunal Supremo de 1933*, como por la imposibilidad jurídica de que las aguas públicas se inscriban como aguas privadas, al margen de los procedimientos de los artículos 69 y 70 del Régimen Hipotecario (no se

olvide que en el caso del aprovechamiento de aguas públicas, lo que se inscriben no son éstas en sí mismas, sino el título legitimador).

Teniendo en cuenta que la actuación de X. no sólo ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, sino que ha estado avalada por la Administración pública constantemente, nos encontramos en realidad ante una figura jurídica intermedia entre la prescripción pura y la concesión, por cuanto hay algo más que un simple transcurso del tiempo, aunque no se llegue en efecto a una declaración de voluntad dirigida al aprovechamiento que es lo típico de la concesión.

Precisamos ahora examinar someramente el acta de notoriedad que sirve de base al procedimiento inicial.

Recordando lo expuesto sobre la necesidad de que el acta de notoriedad contenga una reseña de los terrenos afectados y que la nota-anuncio se publique en los Ayuntamientos donde existan tierras que se beneficien de las aguas, es preciso reconocer la irregularidad de que adolece el acta de notoriedad en el presente caso, irregularidad subsanable desde luego en este procedimiento, por cuanto no ha existido indefensión de los interesados que han reclamado cuanto les ha parecido pertinente, pero que previendo una resolución favorable en cuanto a la inscripción podría dar pie a un recurso jurisdiccional por parte de aquéllos, que caso de ser estimado anularía toda la actuación.

Como, por otra parte, la discusión se ha centrado sobre los hechos anteriores a 1933 y se ha solicitado la inscripción de una parte del caudal, por entender que la otra es de propiedad privada, nos inclinamos por iniciar de nuevo el procedimiento, tomando como base las alegaciones contenidas en el presente dictamen y que sintetizamos en las siguientes

Conclusiones.

Primera.—Las actuaciones administrativas practicadas antes de 1933 carecen de relevancia a efectos de la inscripción solicitada.

Segunda.—A partir de esa fecha, X. ha consumado una prescripción adquisitiva de aguas públicas, con un caudal que, salvo el aforo técnico, se calcula en 1.500 litros por segundo, para riego de tierras ajenas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 188 y siguientes de la Ley de Aguas.

Tercera.—La adquisición de las aguas públicas por X. le otorga, al cumplirse los veinte años, un derecho público subjetivo —y no un derecho civil— para obtener la inscripción en el Registro Administrativo de Aguas y posteriormente en el Registro de la Propiedad, careciendo de relevancia y debiendo estimarse nulo, por aplicación del artículo 4.º del Código civil, el asiento inscrito en el Registro de la Propiedad relativo a parte del caudal del que no se ha solicitado la inscripción en el Registro de aguas.

Cuarta.—El vocablo «propiedad», utilizado en los títulos de adquisición, en las Leyes y Reglamentos y en los asientos registrales, es equívoco, pues no se refiere a la propiedad «quiritaria», sino al derecho al aprovechamiento. Excepcionalmente podría hablarse de propiedad privada por tiempo inmemorial.

Quinta.—X. está legitimada para prescribir, pues quien puede utilizar aguas por concesión, puede utilizarlas por prescripción y así se desprende de la Ley de Aguas.

Sexta.—Una vez inscrito y legalizado el aprovechamiento, X. ostenta la cualidad de titular por prescripción con carácter temporal, igual que lo sería si hubiera obtenido una concesión por noventa y nueve años a contar desde el momento de la consolidación de la usucapión, que lo fué en 1953.

Séptima.—No existe un completo paralelismo entre prescripción y concesión, siendo más fuerte la posición que se deriva de la primera que la segunda, y siendo más débil la intervención de la Administración que no mantiene un vínculo jurídico con el titular.

Este, por ejemplo, no precisa autorización previa para enajenar el aprovechamiento, lo que no sucede en caso de concesión.

Octava.—El acta de notoriedad que inicia el procedimiento de legalización debe contener relación de las tierras regadas y debe publicarse el anuncio de dicha acta en los Ayuntamientos en cuyos términos existan tierras que se rieguen con las aguas mencionadas.

Novena.—Procede desistir del procedimiento iniciado, para una mayor seguridad y viabilidad de la resolución. De seguir adelante con el mismo, podría obtenerse una resolución denegatoria de la inscripción, por no reseñarse las tierras en el acta de notoriedad y ser objeto, en caso de otorgarse el registro, de un recurso de los reclamantes amparándose en vicios de forma, que aunque subsanables, podrían ser estimados por el Tribunal Supremo.

Por ello, es más aconsejable iniciar nuevamente el procedimiento con un acta de notoriedad tendente a la inscripción de los 1.500 litros por segundo, reconociendo por propio consentimiento la nulidad del asiento que aún continúa inscrito en el Registro de la Propiedad, pero que es inválido por las razones expuestas.

Deberán reseñarse en dicha acta los terrenos regados —no los regables— y publicarse los anuncios en todos los Ayuntamientos afectados.

El derecho a inscripción se infiere del contenido de este dictamen y fundamentalmente del hecho de la consolidación automática desde 1933, de la prescripción, que obliga a la inscripción previo aforo de los caudales, que no es cuestión discrecional de la Administración, sino técnicamente comprobable, en función de las necesidades de las tierras regadas y del modo y forma en que han venido desarrollándose los aprovechamientos.

DOCUMENTOS Y DICTÁMENES

El reconocimiento que en todo momento ha llevado a cabo la Administración pública del Estado, a través de sus Organos, de los aprovechamientos, conduce a invocar la imposibilidad de desconocer los actos propios desde el momento en que la Sociedad X. quiere legalizar la situación de manera definitiva.

Este es el dictamen que emito en Madrid, a veinte de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro, a consulta de la Sociedad X.

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS.

BIBLIOGRAFIA

