

DICTAMEN SOBRE DESLINDE Y EXPROPIACION DE AGUAS NACIDAS EN MONTES DE PROPIOS E INCLUIDAS EN UNA CONCESION HIDROELECTRICA DE INTERES PUBLICO

SUMARIO: ANTECEDENTES.—CONSULTA.—DICTAMEN: 1. Propiedad de las aguas nacidas en montes de propios. 2. El régimen jurídico de los ríos. 3. El deslinde practicado por la Administración forestal. Nulidad del mismo: a) Declaración de propiedad por parte de la Administración. b) A través de un procedimiento de deslinde. 4. Valoración del derecho que sobre las aguas tiene el Ayuntamiento; criterios a adoptar para su expropiación. 5. Consideraciones sobre el procedimiento expropiatorio a instar por la Compañía concesionaria.—CONCLUSIÓN.

A petición de X., S. A., soy requerido para emitir Dictamen sobre los extremos que más adelante se precisarán, en base a los siguientes

ANTECEDENTES

1. El Ayuntamiento de B. es propietario de distintos montes de propios, inscritos en el Catálogo de los de utilidad pública de la provincia de Huesca. Como consecuencia de haberse solicitado por los señores N. y R. el aprovechamiento hidráulico de las aguas de la cuenca superior del río Esera, el citado Ayuntamiento solicitó que la tramitación de la referida petición se hiciera por la Administración forestal, por tratarse de aguas que, en parte, nacen y discurren por montes públicos. La Dirección General de Montes acordó, con fecha 24 de junio de 1932, que se procediera al deslinde de las aguas que discurren por los montes citados.

El deslinde fué aprobado por Orden del Ministerio de Agricultura de 26 de octubre de 1933, hecho público en el *Boletín Oficial* de la provincia de Huesca el 4 de noviembre del mismo año. En su parte dispositiva se lee textualmente:

«Este Ministerio se ha servido disponer:

1. ...
2. Que se declaren patrimoniales de dominio privado del Ayuntamiento de la villa de B. y sus anejos A. y C., las aguas del río Esera desde su nacimiento hasta el sitio denominado Palanca de

Estós, y las procedentes de todos los lagos, lagunas, manantiales, fuentes, glaciales y barrancos que a él afluyen dentro del término de Peña Blanca, Gorgutes, Remúñez, Alba Aguaspases, Literola, Cregüenia, Vallibierna, Rinero, Bolarte, Rodiella, Rigau, Someres, San Martín, El Rebozo, San Antón y los afluentes de estos barrancos, existentes entre la cuenca superior del Remascaró y de sus afluentes, el Ardonés y el Ampriu, hasta los sitios...

3. Que se declaren patrimoniales del dominio y jurisdicción del pueblo de E...

4. Que se declaren patrimoniales del dominio y jurisdicción del pueblo de S...

5. Que se declaren del dominio público en el término de la villa de B...».

Por lo que a la primera de las declaraciones expresadas se refiere —aguas del río Esera—, conviene señalar que en el Informe del Ingeniero deslindador se propuso que se considerasen privadas las aguas del río Esera desde su nacimiento, pero sólo hasta el Plano de Sanaria, es decir, aguas arriba del lugar señalado en la Orden ministerial de deslinde. Esta propuesta, sin embargo, no fué aceptada ni por el Ingeniero Jefe del Distrito Forestal, ni por los órganos centrales del Ministerio de Agricultura, que, contrariamente, declararon que el carácter de aguas privadas había que extenderlo aguas abajo de la propuesta anterior, en base a las tres razones siguientes: a) que si bien es cierto que las aguas salen del monte en el que nacen —a partir del Plano de Sanarta, lugar indicado por el Ingeniero deslindador—, son muy pequeñas las fincas que atraviesan; b) que estas fincas son lindantes con el río (*sic!*), y c) que en esas fincas atravesadas por el río no nacen cursos de agua.

A su vez, en la fundamentación del deslinde anterior se leen afirmaciones como las siguientes:

«Considerando: Que dependiendo las línea que ha de servir de separación de las aguas públicas y privadas de los ríos Estós, Aigüeta de Eriste y Aigüeta de la Vall y Llisat, afluentes del Esera, del límite que en la actualidad no se puede precisar de los montes números 29, 111 y 110 del Catálogo de los de utilidad pública, no es posible precisar que parte de dicha corriente y de sus afluentes deben estimarse como públicas o privadas en el deslinde objeto de este expediente...». «Debe la Administración forestal dejar expedita la acción general de la Administración para la autorización de los aprovechamientos de aguas, totalmente de dudoso carácter, estableciendo que hasta el deslinde los montes indicados se realice y sea firme, definiéndose con él el límite de las aguas públicas y privadas, se tramiten las conclusiones de dichos aprovechamientos...».

2. La existencia de fincas de propiedad privada aguas abajo del plano de Sanarta, lindantes a ambas márgenes con el río Esera, aparece plenamente reconocida, de lo que resulta de la situación posesoria existente en la zona, de las inscripciones registrales que obran en el Registro

de la Propiedad, situación que además está plenamente acreditada con el testimonio del señor Notario de B. sobre «las fincas pertenecientes a particulares que existen a lo largo del curso del río», testimonio que figura como complemento de este Dictamen.

A su vez, en contra de lo que acaso pudiera deducirse equivocadamente de la referencia contenida en el texto del deslinde citado, conviene advertir que la simple inspección del terreno demuestra cómo las fincas de propiedad privada constituyen en esa zona, realmente, la totalidad de las tierras cultivables; junto a ellas continúan terrenos escarpados e inaccesibles, inadecuados a su vez a cualquier explotación agrícola que no sea la estrictamente forestal. Las tierras de propiedad de los particulares integran, por así decir, la totalidad de la superficie del fondo del Valle del río Esera, sin perjuicio de que en la representación planimétrica de las mismas presenten una extensión mínima comparada con la totalidad del monte. Debe advertirse, también, que estas tierras de propiedad particular, algunas de ellas riegan directamente del río Esera, siendo titulares sus propietarios de aprovechamientos de aguas públicas que han sido reconocidos por la Administración del Estado, de acuerdo con lo que establece la legislación de aguas.

3. La concesión del aprovechamiento del río Esera, instada por los señores N. y R no llegó nunca a ser otorgada a los primitivos solicitantes, porque en curso de tramitación transfirieron en 1943 a la Sociedad consultante *los derechos derivados del expediente inicial*, transmisión que después de una serie de incidencias que no hacen al caso, fué debidamente autorizada por el Ministerio de Obras Públicas mediante Orden de 21 de febrero de 1948.

4. En el trámite correspondiente, y antes de otorgarse la concesión del aprovechamiento a la Sociedad consultante, el Ayuntamiento de B. formuló reclamación, amparándose en la Orden ministerial aprobatoria del deslinde; solicitando también la inhibición del Ministerio de Obras Públicas, para que fuera el Distrito Forestal el que otorgara la concesión de las aguas, de acuerdo con lo que establece la Orden ministerial de 8 de enero de 1906 sobre aprovechamiento de las aguas que nacen en los montes públicos.

La reclamación anterior fué desechada por improcedente; tratándose de una concesión que comprendía tanto aguas públicas como aguas privadas, objeto de un aprovechamiento integral y coordinado, ello no debía dar base a dos concesiones independientes, ya que debe ser única y concordante para que aquel aprovechamiento pueda tener efectividad. Se estimó, además, que las aguas públicas de cuyo aprovechamiento se trataba impriman carácter al conjunto, y la concesión debía ser otorgada, por tanto, por la Autoridad de mayor rango dentro de las que estaban facultadas para ello; todo ello sin perjuicio del reconocimiento del derecho que pudiera corresponder al Ayuntamiento de B.

5. Por Orden ministerial de 30 de mayo de 1950, aprobada en Con-

sejo de Ministros del día 5 de junio siguiente y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 27 de julio, se otorgó a X., S. A., la concesión señalada. Dice así la primera de las condiciones:

«1.º Se concede autorización a X., S. A., para utilizar todo el tramo de cabecera del río Esera y de sus afluentes superiores desde dieciséis metros con sesenta y cinco centímetros (16,65) por encima de la coronación de la presa del Salto denominado Run, del que es concesionario «Cooperativa de Fluido Eléctrico, S. A.», hasta la divisoria del Cinqueta, Frontera francesa, divisoria del Garona, divisoria del Noguera Ribagorzana y divisoria del río Isabena, con destino a producción de energía eléctrica, mejora de los regadíos de los términos municipales afectados por las obras y abastecimiento de agua de B. y de A.».

Por su parte, la Condición 11 de la misma concesión dice textualmente:

«Se autoriza la ocupación de los terrenos de dominio público necesarios y se declaran las obras de utilidad pública a los efectos de la expropiación forzosa, y especialmente las aguas que puedan tener el carácter de privadas..., debiendo acreditarse tales derechos en forma fehaciente».

Las condiciones transcritas, a su vez, expresan y concretan la fundamentación recogida por la Orden ministerial que lleva a cabo el otorgamiento de la concesión. Merece la pena recoger a este respecto lo establecido en el Preámbulo de esta Orden para darse cuenta que en ningún momento se trata de desconocer el derecho que el Ayuntamiento de B. pueda tener, si bien sea preciso acreditar este derecho con títulos fehacientes. Dice así el Preámbulo de la citada Orden de 30 de mayo de 1950, del Ministerio de Obras Públicas, por la que se otorga la concesión a la Sociedad consultante:

«El otorgamiento de concesiones de aguas para producción de energía eléctrica es competencia de este Ministerio, conforme al artículo 248 de la Ley de Aguas, atribuyéndole también los artículos 226 de la misma y el 8.º de la Ley General de Obras Públicas el régimen y policía de las aguas y cauces; y por otra parte, todo aprovechamiento hidroeléctrico lleva consigo la concesión del dominio público necesario, que es facultad privativa en estos casos también de este Departamento, de acuerdo con lo que se determina en el artículo 94 de la última Ley citada.

No conviene olvidar que se trata de la construcción de 11 saltos y 16 embalses, con una producción de más de 800 millones de Kw. hora, de los cuales cerca de 200 son regulados.

La posible existencia de aguas privadas no puede impedir se otorgue el aprovechamiento, ya que sobre ellas también tiene este Ministerio la función de inspección y vigilancia que preceptúa el artículo 227 de la Ley de Aguas, tanto más cuanto que éstas, al dis-

currir por los cauces, dan lugar a la creación de otros derechos por no uso de sus presuntos propietarios, que deben ser tenidos en cuenta, y este aprovechamiento al ser de uso público se encuentra dentro de lo que preceptúa el artículo 1.º de la indicada Ley de Obras Públicas.

Toda concesión se otorga salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, y por ello todos aquellos derechos legalmente establecidos serán respetados, lo que no quiere decir que no puedan expropiarse con arreglo a la legislación aplicable, ya que el aprovechamiento reúne las condiciones necesarias para ser declarado de utilidad pública, y el artículo 423 del Código civil determina que la propiedad y uso de las aguas pertenecientes a Corporaciones o particulares están sujetos a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública, condición que concurre en este caso, debiéndose procurar siempre, a dichos efectos, guardar el orden de preferencia que marca el artículo 160 de la Ley de Aguas.

6. Recurrida la Orden anterior, entre otros, por el Ayuntamiento de B., la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 1956, desestimó el recurso, declarando subsistente y de plena eficacia la concesión señalada. Dice así el Tribunal Supremo en su fallo:

«Fallamos: Que debemos absolver y absolvemos a la Administración General del Estado de las demandas deducidas por Sociedad Productora de Fuerzas Motrices, el Ayuntamiento de B. y la Entidad local menor de E. contra Orden del Ministerio de Obras Públicas de 30 de mayo de 1950, que declaramos firme y subsistente, con reconocimiento del derecho de ambas Corporaciones locales a ser indemnizadas por el aprovechamiento que de las aguas reconocidas como de propiedad privada de ambas pudiera hacer la Entidad concesionaria X., S. A., en los términos consignados en el penúltimo considerando de la presente resolución».

Por su parte, el penúltimo Considerando al que el fallo anterior alude es del tenor siguiente:

«Considerando: Que con este fin, que no podía satisfacer la cláusula de «sin perjuicio», dada la limitación al restablecimiento de situaciones jurídicas preestablecidas, la concesión otorgada por la Orden ministerial de 30 de mayo de 1950, que, en aras del interés general, propugna la efectividad plena del Proyecto, ha engarzado entre sus condiciones la señalada con el número 11, salvaguarda de todo derecho privado, porque la imposibilidad legal de disponer de aguas particulares por parte de la Administración pública sin quiebra del derecho de propiedad, no empece a su enajenación forzosa, conforme al artículo 423 del Código civil, según el cual " la propiedad y uso de las aguas pertenecientes a Corporaciones o particulares están sujetas a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública", y nacidas en terreno municipal y mien-

tras discurren por éste, sin cumplir las condiciones exigidas por la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y la de 7 de octubre de 1939, en lo que fuere pertinente, a menos que el Ayuntamiento de B. y la Entidad menor de E. concierten libremente con X., S. A., en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la aplicación del artículo 41 del Real Decreto-Ley de 17 de octubre de 1927, que sustituyó a la Real Orden de 8 de septiembre de 1906, eliminando de común acuerdo el proceso de la expropiación forzosa contenido en la concesión discutida».

7. Iniciadas las obras del aprovechamiento por la Empresa concesionaria X., S. A., se procedió a separar el expediente expropiatorio de los terrenos a ocupar, del de las aguas, y habiéndose procedido al pago de aquéllos, se trata ahora de iniciar el de estas últimas mientras están en curso distintas conversaciones con el Ayuntamiento de B. con el fin de llegar a un posible acuerdo amistoso sobre el particular.

CONSULTA

En base a los Antecedentes anteriores y en el momento en que ha quedado señalado, se me requiere para que emita Dictamen sobre la forma de llevar a cabo la expropiación de las aguas que corresponden al Ayuntamiento de B. y que integran una parte de las otorgadas a X., S. A., en el río Esera, así como sobre la extensión y amplitud que es necesario dar a la citada expropiación.

Y aceptando dicho requerimiento, tengo el honor de formular el siguiente

DICTAMEN

1. *Propiedad de las aguas nacidas en los montes municipales.*

a) Dejando aparte los problemas generales sobre calificación de la naturaleza de las aguas, bien puede precisarse, en concreto, que uno de los puntos más debatidos que el tema ofrece es el de la calificación jurídica de las aguas nacidas en los montes municipales. La cuestión, como es sabido, no quedó planteada en la Ley de Aguas; surgió con el Código civil, al señalar éste, por una parte, que eran de dominio público (artículo 407, 2) «las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales», y por otra (art. 408, 1), que eran de dominio privado «las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos».

Esta dualidad de enunciados, aplicada a las aguas nacidas en los montes municipales, dió lugar a una serie de debates contradictorios, en los que se afianzó la tesis que señalaba el carácter privado de esas aguas, que de ese modo quedaban asignadas al Ayuntamiento propietario del monte. De todos modos, debe advertirse, sin embargo, que esta solución ha ve-

nido siendo referida *siempre* a problemas surgidos en orden a la titularidad de arroyos, manantiales y fuentes, circunstancia que presenta un interés indudable respecto de las consecuencias que de tal solución se derivan y de la posible amplitud que a las normas puede darse.

Expresión de la solución señalada son, entre otras, las Reales Ordenes de 28 de septiembre de 1883 y 11 de agosto de 1922, así como una solitaria sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la de 6 de abril de 1921, que estima como criterio determinante para calificar la naturaleza de las aguas el que se deduce de la naturaleza del predio en que nacen, si bien conviene advertir, ya inicialmente, que esta doctrina aparece recogida, en el supuesto al que la sentencia se refiere, no en relación con un río, sino con un regato, con un arroyo. Dice así el Tribunal Supremo:

«Que siendo de la propiedad del pueblo el monte, lo son también, como necesaria consecuencia, *las aguas procedentes de la regata* enclavada en el mismo, sin que pueda ser privado de ellas sin expediente previo de expropiación e indemnización en primer lugar, porque, según el número 1.º, artículo 408 del Código civil, son de dominio privado las aguas que nacen en predios de dominio privado, y según el artículo 5 de la Ley de Aguas, las que nacen en predios de los particulares como en los de propiedad del Estado, de las provincias y de los pueblos, pertenecen a su dueño respectivo para su uso y aprovechamiento, mientras discurren por los mismos, y en segundo término, porque en el presente caso carece de aplicación el número 2.º del artículo 407, pues relacionado y concordando tal precepto con el número 1.º del 408 y el número 2.º del 4.º y el párrafo 1.º del 5.º de la Ley de Aguas, resulta evidente que los números 2.º del artículo 408 del Código civil, y el 2.º del 4.º de la Ley de Aguas, al declarar de dominio público las aguas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, establecieron una regla general, y que los números 1.º del 408 y párrafo 1.º del artículo 5.º de la Ley de Aguas, al declarar de dominio privado las aguas nacidas en predios de propiedad particular o del Estado, las provincias y los pueblos, establecieron una excepción justísima para evitar que, dada la generalidad de la regla, pudieran ser desconocidos o violados los derechos de propiedad de los particulares, de las provincias y de los pueblos».

La solución expuesta, era obvio, que, a pesar de venir referida a regatos, barrancos y arroyos, constituía un obstáculo evidente para una racional y exhaustiva explotación de los recursos hidráulicos; de ahí que tratara de ser abordada de modo frontal. Esta circunstancia dió lugar, como es sabido, al Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, por el que se declararon públicas todas estas aguas.

El problema quedaba así resuelto desde sus raíces por el texto anterior, que conviene no confundir con el de igual fecha y rango, relativo al otorgamiento de concesiones de aguas públicas. Sin embargo, y a pesar de los intentos realizados en sentido contrario —que de haber prosperado

hubieran solucionado de modo total el problema que nos ocupa—, resulta totalmente imposible sostener en nuestros días la vigencia del citado Decreto-Ley de acuerdo con lo establecido, con carácter general, en el Decreto-Ley de 15 de abril de 1931, y en particular, en el Decreto de 6 de mayo del mismo año. (Expresamente sobre la derogación del citado Real Decreto-Ley de 1927, Dictamen del Consejo de Estado número 115, de 17-II-1954; Decreto resolutorio de competencia 1.183/1963, de 22 de mayo; doctrinalmente, me referí ya al tema de modo expreso en S. MARTÍN-RETORTILLO, *La doctrina del Ordenamiento jurídico*, en el número 39 de esta REVISTA, pág. 58.)

b) De lo que llevamos dicho, sin embargo, no debe inferirse que se puede afirmar la fórmula simplista que estima que las aguas nacidas en los montes de propios son *propiedad de los Ayuntamientos*, ya que un detenido análisis de los textos legales da pie para formular una serie de matizaciones importantes respecto a cuál sea el contenido de ese derecho que se atribuye al propietario del fundo en el que nacen las aguas.

Siendo evidente que el Código civil, a pesar de su fecha posterior, no deroga la Ley de Aguas, de acuerdo con el principio de prevalencia de la Ley especial sobre la Ley general, independientemente de cuál sea la fecha de una u otra (expresamente, sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1960), es preciso considerar que el fundamento de esa atribución de un derecho sobre las aguas a los propietarios de los predios en que nacen, se encuentra recogida en el artículo 5, 1, LA, que otorga a dichos propietarios el derecho sobre las aguas «para su uso o aprovechamiento»; derecho limitado, además, especialmente, a la circunstancia concreta de que las aguas discurran dentro del predio donde nacieron.

Que se trata de la atribución de un derecho a favor de los propietarios de las tierras, es evidente; también lo es que se trata de un derecho que ofrece un innegable contenido patrimonial. Sin embargo, no parece tan evidente que lo que se atribuya sea un derecho de propiedad, al menos tal y como ésta se configura en nuestro Ordenamiento positivo; pues de ese derecho, aparte de las limitaciones anteriores, se excluye de modo directo la facultad de disponer sobre el bien objeto del mismo. No tengo ningún inconveniente en reconocer que se trata de un derecho de carácter dominical, siempre y cuando se reconozca que, por prescripción positiva, estamos frente a un supuesto de propiedad revocable y en el que su titular carece de la facultad de disposición del modo más absoluto.

Como esta figura no parece que pueda encuadrarse actualmente en el marco que ofrece nuestro Ordenamiento positivo, quizá fuera más exacto afirmar que estamos simplemente ante un supuesto de atribución por obra de la ley de un derecho de goce, de un derecho de aprovechamiento de las aguas, que la Ley de Aguas atribuye, sobre la base del respeto a las situaciones existentes, paliando así, un tanto, el criterio eminentemente publicista que como es sabido se recoge en todo su articulado.

c) Estimo de interés las consideraciones anteriores, porque ellas ha-

brán de jugar de modo fundamental a la hora de determinar la amplitud de la indemnización que corresponda al Ayuntamiento de B. al expropiarle los derechos que puedan corresponderle sobre las aguas que forman parte de la concesión otorgada a la Sociedad consultante. La tesis sustentada, a su vez, aparece plenamente confirmada en los luminosos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas al señalar que se trata de un aprovechamiento *ex lege*, otorgado por la ley al titular del predio en el que las aguas nacen, haciendo abstracción del problema de la propiedad de las mismas. En relación con esta tesis escribí hace ya algunos años (*Sobre la reforma de la Ley de Aguas*, en esta REVISTA, número 44, pág. 49), ajeno del todo, como es lógico, a la consulta que ahora se me formula :

«Esta interpretación ha sido además la que generalmente ha venido dando tanto la Administración activa como la Administración consultiva, no obstante la fuerte oposición de aquellos propietarios —principalmente Corporaciones locales— que pretendían disponer de esas aguas y gozar de la plenitud de su dominio, aun no habiéndolas aprovechado de ningún modo. Y ello, incluso, aunque se invocase la derogación cierta del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 como acreditativo de la intangibilidad de su pretendido dominio».

Esta solución se enmarca, además, dentro de unos esquemas legales perfectamente posibles en nuestro Derecho positivo, tal y como la ha afirmado el Consejo de Estado en su importante Dictamen de 10 de mayo de 1962, referido, es cierto, al texto de reforma parcial de la Ley de Aguas, pero que debe notarse que, en este punto, es perfectamente referible al artículo 5. 1, del texto actual de la Ley, dada la similitud de soluciones que aquel proyecto y este artículo ofrecen. El Consejo de Estado insiste en la determinación de un derecho al aprovechamiento de las aguas a favor del propietario de las tierras en el que aquéllas nacen, marginando el problema de su propiedad, aprovechamiento que se contrapondría al caso de ser otorgado por un acto expreso de la Administración. Dice así el Consejo de Estado :

«... cabría ya diferenciar el origen del derecho de aprovechamiento, para perfilar, junto a los ya reconocidos, el del dueño del predio en que las aguas nacieron, cuyo derecho de uso y aprovechamiento, no el de la propiedad, se entendería como accesorio del predio; o bien podría considerarse titular de una concesión, no administrativa, sino legal, puesto que su otorgamiento tendría lugar por ministerio de la Ley y no por decisión de la Administración. Naturalmente, tal derecho de uso y aprovechamiento se entendería exclusivamente para las necesidades del fundo, sin facultad alguna de enajenación separadamente de dicho fundo, y por tanto, sujeto al requisito de su inscripción registral con facultad administrativa de modulación, de acuerdo con las necesidades del fundo. Se cumpliría así, por otra parte, la finalidad del Registro de facilitar a la

Administración conocimiento exacto de todos los derechos de uso existentes a efectos de mejor planificar el aprovechamiento racional de nuestros recursos hidráulicos».

La solución propuesta, a su vez, no sólo no encuentra ningún obstáculo en nuestro sistema positivo, sino que ha sido perfectamente recogida en la propia legislación de Montes (art. 38, 5, de la Ley vigente, y art. 223, 1, del Reglamento), cuyo tenor literal es el siguiente:

«Las entidades locales propietarias de montes incluidos en el Catálogo son competentes para disponer del uso y disfrute de las aguas que tengan su nacimiento en los mismos mientras discurren por ellos, salvo en los casos de expropiación, previa indemnización fijada de acuerdo con la Ley general sobre la materia».

La interpretación que damos al artículo 38, 5, LM, y al artículo 223, 1, del Reglamento, postulada ya por la doctrina (NIETO GARCÍA, *Bienes comunales*, 1964, 783), es desde luego concordante con el artículo 5, LA, debiendo llamar la atención sobre el hecho de que si la legislación forestal atribuye directamente a las entidades locales la propiedad de los montes, cuando se trata de las aguas que en ellas nacen, esta atribución se concreta únicamente al uso y disfrute de las mismas y a la posibilidad de disponer de ese uso y disfrute, cuya privación, desde luego, no podrá admitirse sino haciendo entrar en juego la técnica expropiatoria. Bien entendido, además, que de acuerdo con el artículo 1 de la vigente Ley de Expropiación, al no ser referible la expropiación únicamente a la privación de la propiedad, sino también a la privación de otros derechos menos plenos, como los de uso y disfrute, será la medida de esta privación la que nos determine el alcance y amplitud de la indemnización que en tal caso deba recibir la entidad privada de ellos.

Estimo de interés las consideraciones anteriores, porque habrán de jugar de modo fundamental a la hora de determinar la amplitud de la indemnización que X., S. A., deba satisfacer al Ayuntamiento de B. al expropiar los derechos que a éste puedan corresponderle sobre las aguas que forman parte de la concesión otorgada a la Sociedad consultante.

2. *El régimen jurídico de los ríos.*

En pocos puntos, como en éste, hay un acuerdo tan unánime en nuestro Derecho de aguas al atribuir a los ríos el carácter de bienes de dominio público: artículos 4, 3 I.A.; 497, 1 C. c.

A las expresiones de estos textos legales debe unirse, «con la trascendencia que le presta el lugar que ocupa», el enunciado recogido en el artículo 339, 1 C. c.: «Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes...».

La Jurisprudencia es constante a este respecto: los ríos son bienes de dominio público (Reales Decretos de 12 de mayo de 1888, 9 de julio de 1906; sentencias de 22 de septiembre de 1889, 10 de abril de 1899,

17 de octubre de 1910, 20 de junio de 1930, 30 de marzo de 1932, 6 de marzo de 1933, 5 de mayo de 1942, 29 de mayo de 1965, etc., etc.).

Igualmente se manifiesta en sentido del todo idéntico la doctrina. «Las aguas de los ríos —se ha dicho (ALONSO MOYA, *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado*, en esta REVISTA, núm. 4, página 38)—, al igual que la de los torrentes, son de dominio público en toda la extensión de su recorrido, desde el nacimiento hasta la desembocadura... Ningún otro precepto vigente de nuestra legislación contraviene esta calificación de los ríos y torrentes como bienes de dominio público...». Se trata, además, de una afirmación obvia, que con todo énfasis reitera, recoge y desarrolla la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas :

«Por fortuna, poco tiene que innovar ya la Comisión en este punto; tiempo hace que estos buenos principios de administración han ido arraigándose entre nosotros... El Real Decreto de 29 de abril de 1860 fué todavía más explícito, exigiendo igual autorización para llevar a cabo cualquier empresa de interés público o privado que tuviese por objeto el aprovechamiento de las aguas de ríos, riachuelos, rieras, arroyos o cualquier otra clase de corrientes naturales, sea cual fuere su denominación, viniendo este modo a quedar declarado implícitamente el dominio público de todas las corrientes naturales».

Las aguas de los ríos son, pues, bienes de dominio público. Conviene notar que se trata de un supuesto en el que la determinación de la naturaleza de esos bienes, como bienes demaniales, viene expresada legalmente con carácter general y sobre la base de unas condiciones físicas determinadas. No estamos, por tanto, frente a un bien de dominio público que lo es por un acto de afectación de la Administración, sino ante un caso del llamado dominio público natural, frente al que, como es sabido, no cabe formular excepción alguna, mientras se mantengan las circunstancias objetivas y físicas que encuadran ese bien dentro del supuesto contemplado con carácter general por el legislador. De ahí que siendo el río un algo determinado, con un punto de origen concreto —su nacimiento— y con una finalización no menos determinada —su desembocadura—, *durante todo ese curso las aguas deben ser consideradas como aguas públicas*, sin que quepa proponer exclusión alguna a esta afirmación. Más aún: ni el C. c. ni la LA formulan salvedad o rectificación al tajante principio de que los ríos son bienes de dominio público, matizaciones que, evidentemente, hubiera sido preciso recoger si a las aguas de los ríos hubiéramos de atribuirles naturaleza distinta durante el curso de las mismas por los predios en que nacen. Donde la ley no distingue, es obvio que no cabe distinguir: siendo un río un curso de agua, desde su nacimiento hay que considerarlo como bien de dominio público, pues, caso contrario, es lógico pensar que tanto la LA como el C. c. hubieran debido formular la exclusión correspondiente. Señálese, además, la unanimidad de la doctrina al abordar el tema que citamos: todos los autores que se han ocupado de él lo han resuelto en el sentido expuesto. No hay excepción alguna. Ya hemos recogido la opinión de ALONSO MOYA —los

ríos desde su nacimiento a su desembocadura son bienes de dominio público—; GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, 474) dice textualmente :

«En algunos casos la declaración legal da origen a un bien de dominio público "por naturaleza"; por ejemplo, basta con que una corriente de aguas tenga la categoría de río para que estemos ante un bien de dominio público. En otro caso, en cambio, se trata de aguas que pertenecen al dominio público accidentalmente, pues sobre ellas cabe la propiedad privada: por ejemplo, las del número 3.º del artículo 407 del Código civil, *cuando no sean la fuente de un río*».

También es de la misma opinión GAY DE MONTELLÁ (*Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona, 2.ª ed., 53), al señalar que «el manantial es cabeza de río; por más que nazca en terreno de dominio privado, ha de ser considerado como corriente pública».

Ahora bien, ¿qué hacemos entonces con el artículo 5 LA?; este artículo, ¿puede servir de excepción a lo que anteriormente ha quedado señalado? Porque acaso pudiera pensarse que de aceptarse la tesis expuesta desaparecerían entonces los derechos que la LA otorga a los propietarios de los predios en que las aguas nacen. El artículo 5 LA, ¿debe servir de excepción a lo que anteriormente señalamos?

En modo alguno. La atribución del derecho de uso y aprovechamiento que el artículo 5 LA sanciona a favor de los propietarios de los predios en que nacen las aguas no desaparece; no es que el artículo carezca de efectos. Lo que ocurre es que el citado artículo hay que referirlo, no a las aguas de los ríos, que expresamente son siempre de dominio público, sino a todas aquellas otras aguas que nacen en predios particulares y que no constituyen directamente el curso del río. Se trata de algo evidente, además de por las razones señaladas, porque no puede olvidarse que tanto el Código civil (art. 408, 1), como la Ley de Aguas (art. 5, 1), sitúan la atribución del derecho a favor del predio en el que las aguas nacen, frente al número 1 del artículo 4 de ésta, y al número 3 del artículo 407 de aquél, es decir, frente a las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos de dominio público, pero que no corren por sus cauces naturales, pues en cuanto las aguas entran y discurren por sus cauces naturales, entran ya en la condición de públicas (art. 407, 2 C. c.; artículo 4, 2 LA); interpretación ésta que es la única que da sentido a la clasificación tripartita que de las aguas establecen tanto el Código civil como la LA, y que es, además, la única que no ofrece contradicción alguna. Pues bien, se acepte o no esta tesis, formulada por ALONSO MOYA (ob. cit., 42), lo que resulta evidente es que el artículo 5 LA no puede hacerse jugar como excepción especial frente a los artículos 4, 3 LA y 407. 1 C. c. Para que así fuera, frente a la realidad río, hubiera tenido que ser expresamente recogido; no se diga, además, que de aceptarse tal tesis resulta entonces inoperante el artículo 5 LA, ya que el mismo debe referirse a todos los caudales, cursos de aguas, arroyos, fuentes y manan-

tiales que no constituyen el curso del río *estricto sensu* y que se dan en cualquier valle de montaña.

Señalemos, por último, que si bien es cierto que la tesis de considerar el artículo 5 como excepción al carácter público de determinadas aguas, tesis que aquí combatimos, ha sido expuesta por el Tribunal Supremo, fundamentalmente, en la ya citada sentencia de la Sala 1.^a de 6 de abril de 1921, un análisis de los hechos a los que esta sentencia aplica su doctrina, confirma además el punto de vista sostenido, en cuanto se trata de aguas de un regato, o de un manantial (sentencia de 10 de abril de 1965, que también aplica la argumentación anterior); en ningún caso se trata de un río.

3. *El deslinde practicado por la Administración forestal.*

De lo que con carácter general llevamos dicho, pueden deducirse en su aplicación al caso que nos ocupa, dos consecuencias de interés: en primer lugar, la de que todas las aguas del río Esera son de dominio público. Fijado su nacimiento en un punto concreto, los caudales que desde allí parten deben comprenderse entre los de naturaleza pública, otorgados, por tanto, a la Sociedad concesionaria para su aprovechamiento. En segundo lugar, la necesidad de reconocer una titularidad a favor del Ayuntamiento de B., sancionada por la propia Administración y por el Tribunal Supremo, pero que debe concretarse, exclusivamente, a los arroyos, manantiales y regatos que, discurriendo por el monte de su propiedad, afluyen al río; sólo de la pérdida de las propiedades de estas aguas deberá ser reintegrado el citado Ayuntamiento.

A estas consideraciones parece oponerse, sin embargo, con una rotundidad que desde un punto de vista formal aparece quizá como decisiva, la existencia del deslinde practicado por la Administración forestal; a él hemos aludido ya en los Antecedentes. Y se opone, no sólo a la tesis expuesta, sino también a aquella otra más amplia que, admitiendo la aplicación al caso del artículo 5 LA, considera como públicas las aguas del río, pero sólo desde que comienzan a discurrir por predios distintos de aquellos en que nacen. Detengámonos un momento en este punto antes de seguir adelante.

No pasaron inadvertidas estas consideraciones al Ingeniero de Montes que en su día practicó el deslinde, al proponer que sólo podían ser consideradas como privadas las aguas del río Esera hasta el Plano de Sanarta, punto en el que esas aguas empiezan a discurrir entre predios distintos del monte en el que nacen. Frente a esta observación, apoyada en la expresión literal del artículo 5, 1 LA, es evidente que ninguna de las consideraciones, recogidas en el número 1 de los Antecedentes y que en su día formuló el Ingeniero Jefe del Distrito Forestal de la provincia de Huesca, tienen la menor relevancia desde el punto de vista jurídico: que los predios limítrofes sean pequeños, que las fincas linden con el río y que en ellas no nazcan aguas, son consideraciones totalmente ajenas a la circunstancia de que las aguas no discurran ya en el predio en el que nacen, única exigencia que taxativamente requiere el artículo 5 LA: «*mientras* discurren por los mismos predios», es la expresión literal de

la Ley. Bien entendido, además, que, a este respecto, resulta totalmente irrelevante que las aguas puedan volver a discurrir de nuevo por el predio en que nacieron, pues una vez que los abandonaron, ya son públicas: «en cuanto a las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas» (art. 5, 2 LA).

No se diga, por otra parte, que los predios limítrofes son pequeños; aparte de ser ésta una circunstancia totalmente ajena, una inspección ocular del terreno demuestra cómo prácticamente desde el Plano de Sarnarta las aguas del Esera discurren entre propiedades de vecinos, no del Ayuntamiento, que ocupan la totalidad de la superficie agrícolamente explotada. Hay edificaciones, caseríos, acequias, y ello hasta tal extremo que la propia Administración del Estado ha reconocido a particulares el derecho al aprovechamiento de aguas públicas (art. 409, 2 C. c., artículo 149 LA), que así lo han solicitado, y que no tendría razón de ser si no se tratara de aguas que tienen la condición de públicas. Es este dato importante, que acredita cómo la propia Administración ha considerado expresamente las aguas del río Esera como aguas públicas muy aguas arriba del límite que en su día fijó el deslinde llevado a cabo por la Administración forestal.

Pero volvamos al texto del deslinde. Decía anteriormente que desde un punto de vista formal la Orden ministerial aprobatoria del mismo parece obstaculizar totalmente nuestra argumentación. Surgen aquí una serie de temas del mayor interés. En primer lugar, el de la eficacia temporal en todo deslinde. Practicado una vez, ¿quiere decir que debe aceptarse para siempre? En modo alguno, desde el momento en que estando referido el deslinde a situaciones posesorias, cualquier alteración material o jurídica de las mismas deja prácticamente sin efecto el deslinde practicado anteriormente, circunstancia que la Administración deberá constatar a través de otro deslinde, sin que encuentre en el primero obstáculo alguno oponible sobre la doctrina de los actos propios. El tema nos llevaría desde luego muy lejos: señalemos tan sólo la doctrina de una vieja sentencia, la de 30 de abril de 1895 evidentemente aplicable al caso:

«No puede racionalmente sostenerse que un deslinde practicado hace siglos impide efectuar otro entre las mismas propiedades, determinado por iguales o análogas causas que dieron lugar al anterior, y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe la Ley 13, título 22 de la Partida 3.^a, ni el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Alteración de circunstancias que, tratándose de datos estrictamente físicos, se ofrece con gran alcance en orden a las posibilidades que de esas variaciones pueden deducirse.

Desde otra vertiente, tampoco el deslinde practicado puede ser obstáculo a nuestra argumentación, desde el momento en que aquél es una simple apariencia: para que tal obstáculo pudiera tener la más mínima efectividad, era necesario que el deslinde presentara al menos una cierta consistencia desde el punto de vista jurídico, de la que evidentemente ca-

rece En tal sentido, bien puede afirmarse que pocos textos como la Orden ministerial aprobatoria del deslinde que analizamos presenta una fundamentación tan endeble y equívoca; bien entendido, además, que tal afirmación no la formulamos, como acaso pudiera pensarse, buscando un apoyo a nuestro razonamiento. Resulta curioso constatar cómo precisamente el texto de la Orden de deslinde que ahora analizamos, el mismo exactamente, fué puesto por la doctrina como ejemplo de lo que no debe ser un deslinde, señalando la ilegalidad de la Orden ministerial que lo aprueba. Resulta desde luego curiosa esta afirmación: en el trabajo más completo que conocemos sobre la naturaleza jurídica de las aguas (ALONSO MOYA, ob. cit., 64 ss.) nos dice textualmente su autor:

«No se puede argüir en contrario que tales deslindes, ordenados por el Reglamento de 7 de julio de 1911, eran limitados a los puros efectos de la pesca fluvial y de la competencia del Cuerpo de Ingenieros de Montes, pues al hacer referencia constante a la condición de las aguas, sus declaraciones se han hecho extensivas a ellas y sin limitación alguna. Siempre deslindan las aguas y no la pesca que ellas puedan contener. Valgan de ejemplo la Real Orden de 12 de agosto de 1922, publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Huesca* núm. 108, declarando de propiedad privada las aguas de los lagos, manantiales, arroyos y neveras que alimentan al río A. y al barranco I., hasta la confluencia de ambos inclusive; y la Orden del Ministerio de Agricultura de 26 de octubre de 1933, publicada en el *Boletín Oficial* de la misma provincia de 22 de noviembre del mismo año; en ella, estimando ajustadas las operaciones de apeo a lo dispuesto en el capítulo II del Reglamento de 1911 y a los artículos 1.º, 5.º, 17 y 127 de la Ley de Aguas, y los 408, 414 y 423 del Código civil, se dispone: «2.º Se declaran patrimoniales de dominio privado del Ayuntamiento de la villa de B. y sus anejos A. y C., las aguas del río Esera desde su nacimiento hasta el sitio denominado P. de E., y de las procedentes de todos los lagos, lagunas, manantiales, fuentes glaciares y barrancos que a él afluyen, dentro del término municipal, entre los que se encuentran los de F., B., R., etc.».

La cita no deja de ser curiosa y es desde luego significativa, en cuanto que nadie podrá pensar que esté argumentada para sostener la postura que hoy conviene a la Sociedad concesionaria en defensa de sus derechos: su enunciado procede de cuanto todavía no era ni siquiera firme la concesión cuyo contenido hoy se debate. Pues bien, ¿cuál es el juicio que al autor citado le merece el deslinde de las aguas del río Esera, llevado a cabo por la Administración forestal?

El deslinde que se realiza se fundamenta, como es sabido, en las Reales Ordenes de 8 de enero de 1906 y 17 de diciembre de 1912, textos que se dictan

«por quien carece de atribuciones para deslindar las aguas de dominio público. Infringen todas las normas preceptivas, como el

Código y la Ley de Aguas, además del propio artículo 2 de la Ley de Pesca fluvial de 17 de diciembre de 1907. Olvidan que para el deslinde de los ríos y terrenos de dominio público pertenecientes a los álveos estaba vigente, y lo está en la actualidad, las Reales Ordenes de 9 de junio y 28 de julio de 1886, que tan directamente obligaban a esa Dirección General como en la nada de su propio Ministerio... Se atribuyen unas facultades que si le correspondían en orden a la pesca, nunca las podía hacer extensivas a la calificación de las aguas de los ríos y demás corrientes naturales...».

«Los conceptos de aguas de dominio público y de dominio privado se contienen, hoy como antes, en los pertinentes artículos del Código civil y de la Ley de Aguas, sin que tengan fuerza para obligar a una interpretación determinada la Real Orden de 8 de enero de 1906 y la Orden de 27 de diciembre de 1912, tanto por los vicios de nulidad de que adolecen, y han sido señalados, como por haber fijado un criterio contrario a disposiciones posteriores y de mejor rango administrativo».

Todas estas razones nos permiten desde luego desconocer el deslinde, apoyándonos en la ilegalidad de las Ordenes ministeriales de carácter general en las que se fundamenta y, consecuentemente, en la ilegalidad de la Orden que lo aprueba. Sin embargo, a nuestro modo de ver, hay todavía razones de fondo mucho más significativas que las que han quedado expuestas. ¿Qué dice el deslinde? ¿Qué expresiones usa?; textualmente: «Este Ministerio se ha servido disponer: ... que se declaren patrimoniales de dominio privado del Ayuntamiento... las aguas; que se declaren de dominio público las aguas...». ¡Y todo esto por medio de un procedimiento de deslinde!

Estamos, no ante un supuesto de validez, más o menos discutible o dudosa, de la Orden ministerial que aprueba el deslinde, y que incluso el transcurso del tiempo pudiera haber convalidado, invalidez derivada, si se quiere, de una incompetencia más o menos relativa de las autoridades que lo llevaron a cabo, sino que, por el contrario, nos encontramos ante un acto nulo de pleno derecho (art. 47 Lp, que en ningún caso puede producir efecto alguno, ni puede quedar convalidado por el transcurso del tiempo).

Fundamos nuestro razonamiento en los siguientes puntos:

a) La Orden ministerial *declara* —para que no haya lugar a dudas, es ésta la propia expresión que se emplea— el carácter público y privado de determinadas aguas, materia que, como es sabido, está reservada a la competencia de los Tribunales ordinarios; a la competencia del Poder judicial. Estamos, por tanto, no hace falta insistir sobre ello, ante un supuesto de incompetencia absoluta, que, como es evidente, constituye el vicio más grave de los actos administrativos, y que, por ello mismo, aparece sancionado en nuestro Ordenamiento con el grado de nulidad de pleno derecho. «Compete a los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión...», dice el

artículo 254 LA. La Jurisprudencia es también constante sobre este punto, y no me parece que sea necesario insistir sobre él: Real Decreto de 23 de marzo de 1895; sentencias de 15 de enero de 1886, 17 de junio de 1887, 3 de junio de 1929, etc.

b) Todo ello, *además*, a través de un procedimiento de deslinde, que, como es sabido, no puede ir más allá de la simple constatación de una serie de situaciones posesorias. Tampoco creo necesario que sea preciso insistir sobre este punto, que constituye uno de los postulados más elementales de nuestro Ordenamiento jurídico. Las pretensiones declaratorias quedan fuera, no sólo de la competencia de la Administración, sino, mayormente aún, al margen de todo procedimiento de deslinde, cualquiera que sea el tipo de deslinde de que se trate. «El deslinde no puede afectar para nada la propiedad, sino simplemente la posesión» (A. GUAITA, *Régimen jurídico administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, 1956, 77). «El deslinde tiene por objeto principal la determinación del monte a que se refiere y la declaración de la posesión de hecho sobre el mismo con efectos provisionales..., porque las cuestiones de propiedad y posesión jurídica corresponde y han de reservarse al conocimiento de los Tribunales ordinarios» (E. SERRANO, *El procedimiento administrativo en los deslindes de montes públicos*, en esta REVISTA, número 2, pág. 111). Se trata de una doctrina uniformemente mantenida, resultando, incluso ocioso, avalar el juicio anterior con centenares de sentencias de nuestro Tribunal Supremo, que fácilmente pueden localizarse en cualquiera de los trabajos citados anteriormente, todas ellas en la dirección que ha quedado señalada.

Pues bien, frente a premisas tan claras, el deslinde que, en este caso, ha llevado a cabo la Administración forestal, contiene una auténtica declaración de derechos, lo que, evidentemente, lo invalida a todos los efectos; no sólo la Administración es incompetente para formular tal declaración, sino que menos aún lo es para proclamar la titularidad de una situaciones subjetivas de carácter pleno —como son las que corresponden al derecho de propiedad—, a través de un procedimiento de deslinde. Estas posibilidades declaratorias quedan fuera de la competencia administrativa; el procedimiento de deslinde, simple operación técnica de comprobación de unas situaciones que deben estar plenamente acreditadas jurídicamente, no pueden convertirse en juicio declaratorio acerca de distintas titularidades subjetivas de carácter dominical.

Si, como acabo de indicar, resultaría realmente ocioso transcribir ni siquiera parte de la Jurisprudencia que en este punto existe, sí quiero recoger expresamente una sentencia, de especial interés para el caso que nos ocupa. Se sale con ella al paso de la posible argumentación de que siendo la Administración forestal competente para deslindar los montes, lo es también para deslindar las aguas y, sobre la base de este resultado, calificar su naturaleza. Me refiero a la sentencia de 12 de mayo de 1962, en la que, además, podemos encontrar un apoyo jurisdiccional a la tesis expuesta de que la Administración forestal es incompetente para llevar a cabo el deslinde de las aguas públicas. Dice así la citada sentencia:

«Mientras el deslinde de montes públicos está atribuido por los artículos 12 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y 79 de su Reglamento de 22 de febrero de 1962 a la Administración forestal, adscrita al Ministerio de Agricultura, compete a los Servicios hidráulicos dependientes del Ministerio de Obras Públicas, como sucesor del de Fomento en la materia, acordar y ejecutar la demarcación, apeo y deslinde de las aguas públicas y sus cauces, según ya prevenía la Instrucción 9.ª de las aprobadas por Real Decreto de 29 de abril de 1860, declara el artículo 248, número 4.º, de la vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y desarrolla la Orden de 9 de junio de 1885 y la Real Orden de 16 de diciembre de 1899...

Tal planteamiento normativo justifica el aserto de que no cabe confundir e involucrar las dos antedichas modalidades de deslinde administrativo, que tiene cada una su finalidad específica, pretendiendo que en el acuerdo resolutorio de un expediente instruido para señalar los linderos de un monte público en relación con los predios colindantes y enclavados se hagan declaraciones con trascendencia jurídica respecto a la titularidad dominical o posesoria de los derechos de aprovechamiento de las aguas en aquél nacidas y a la utilización de sus cauces naturales o artificiales, ni aun siquiera con base en el estado posesorio actual y de hecho...

A tenor del artículo 254 de la Ley de 13 de junio de 1879, compete a los Tribunales de la jurisdicción civil las cuestiones relativas al dominio y posesión de aguas públicas y privadas, a la posesión de estas últimas y a la propiedad de los álveos o cauces; y como en el expediente de deslinde del monte público «Dehesa del M.» surgieron controversias no sólo acerca del carácter público o privado de las aguas de las 24 corrientes que a través del mismo discurren, sino también sobre la pertenencia de los cauces cajeros y brazales, que respectivamente se atribuyen a los Ayuntamientos de X. y Z., según resulta del acta de apeo número 5, levantada con fecha 24 de julio de 1959, es visto que la Administración forestal no podía legalmente hacer ninguna suerte de pronunciamiento que implicara decisión de cualquiera de los puntos controvertidos sin invalidar la competencia funcional de órgano administrativo distinto a la jurisdicción de los Tribunales civiles...

Por todo lo expuesto, es indudable la conformidad a Derecho de las Ordenes ministeriales impugnadas en cuanto declararon la incompetencia de la Administración forestal para resolver acerca de las reclamaciones formuladas respecto al aprovechamiento de las aguas y a la propiedad de los cauces...».

Un último punto en relación con el deslinde que analizamos: el posible reconocimiento que del mismo pueda hacer la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1956.

En los Antecedentes ha quedado expuesto cómo fué desestimado el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de B. contra la Orden ministerial de concesión del aprovechamiento, así como el texto del fallo de di-

cha sentencia y del Considerando al que este fallo se remite. Es obvio que sólo estos textos, exclusivamente ellos, pueden tener valor de cosa juzgada, y en ellos la Orden aprobatoria del deslinde en modo alguno recibe refiriendo alguno, aparte de que, como es sabido, la santidad de cosa juzgada es evidente que sólo puede determinarse sobre las pretensiones debatidas en el proceso. De ahí que nada pueda deducirse a efectos de una posible ratificación por parte del Tribunal Supremo de la Orden ministerial aprobatoria del deslinde. Un análisis detenido de la sentencia citada nos permite incluso inducir que el Tribunal Supremo, reconociendo explícitamente los derechos del Ayuntamiento de B., trata con mucho cuidado de que no se derive valor alguno del deslinde citado, en cuanto que en el fallo de la sentencia y en el Considerando al que la misma alude, en modo alguno se reconoce validez al citado deslinde, refiriendo únicamente la obligación que la Empresa concesionaria tiene de indemnizar al Ayuntamiento de B., sin precisar, por otra parte, el volumen y amplitud que tal indemnización deba tener.

Mayor dificultad puede presentar en nuestra argumentación, sin embargo, la sentencia de 1 de febrero de 1946, por la que, al parecer, se anula una primitiva concesión otorgada por el Ministerio de Obras Públicas. Aquí sí que se hacen consideraciones sobre el valor de ese deslinde, consideraciones, por otra parte, siempre discutibles, y en abierta contradicción con la que, según hemos visto, es doctrina común del propio Tribunal Supremo respecto al valor de los deslindes. Sin embargo, debe entenderse que el valor de tales argumentaciones estaba en función del título concesional que entonces se anuló; subsanados los defectos existentes y producida una nueva Orden de concesión, que ha sido más tarde confirmada expresamente por el Tribunal Supremo, aquellas argumentaciones, que fueron acogidas para revocar la primitiva Orden concesional, carecen ya de valor desde el momento en que es el propio Tribunal Supremo el que ahora confirma y ratifica la concesión otorgada por la Administración, y que es precisamente la que ahora se trata de llevar a cabo. De todos modos, sobre este extremo insistiremos más adelante al señalar cuál haya de ser el comportamiento a adoptar al poner en marcha el expediente expropiatorio de las aguas.

4. *Valoración del derecho que sobre las aguas tiene el Ayuntamiento; criterios a adoptar para su expropiación.*

El reconocimiento a favor del Ayuntamiento de B. de una titularidad sobre parte de las aguas que integran la concesión otorgada a X., S. A., constituye un dato obvio, sobre el que no es preciso insistir; está reconocido tanto en la propia Orden ministerial que otorga la concesión del aprovechamiento hidráulico como por la Sociedad concesionaria. El problema radica, sin embargo, en determinar la extensión que a ese derecho hay que dar. En tal sentido parece evidente que tal problema debe quedar determinado de acuerdo con los criterios expuestos; en orden inverso, además, a la extensión de las aguas que han de considerarse como públicas.

Sentadas estas premisas, conviene, sin embargo, precisar cuáles ha-

yan de ser los criterios valorativos a tener en cuenta al proceder a la expropiación, sobre todo frente a la posición que, al parecer, sustenta el Ayuntamiento de B. al exigir que la indemnización comprenda el hipotético y posible valor que pudieran alcanzar las aguas de las que se les priva, explotadas en su totalidad.

Sobre este extremo, y frente a especulaciones que bien pueden calificarse de soñadoras, preciso es dimensionar siempre el valor de los derechos que sean objeto de expropiación, de acuerdo con las circunstancias reales y tópicas en las que tales derechos se encuadran. Esto es, de acuerdo al valor positivo y real que los mismos presentan. No cabe especulación alguna en otro sentido, y aunque los ejemplos resulten grotescos, fácil es reconocer que no puede asignarse el mismo valor a un metro cúbico de piedra bruta que al que tendría esa misma piedra si hubiera sido esculpida por Miguel Angel. Más aún: un metro cúbico de agua por segundo tampoco tiene el mismo valor si de él se dispone para regar las huertas de Valencia o de Canarias que si se emplea para regar las tierras del páramo castellano o si no se explota. ¿Por qué? Sencillamente, porque entran en juego razones fundamentales: en el primer caso, existe la incorporación del trabajo del hombre; algo que cambia la realidad y el valor mismo del bien, no valiendo aducir el hipotético valor que ese bien tendría «si se», «caso de que», «siendo susceptible de», etcétera. Todas estas valoraciones podrán jugar en el terreno de las hipótesis, no en el de la determinación del valor real que esos derechos puedan tener en un momento determinado, único que, como es sabido, es posible acoger a efectos expropiatorios. En razón del segundo supuesto, las diferencias surgen por la localización de las aguas, en cuanto tal circunstancia condiciona evidentemente la determinación del valor real que las mismas puedan presentar, aunque el bien objetivamente sea el mismo.

De lo que llevamos dicho se deduce que en modo alguno resultan admisibles hipótesis de ningún género en orden al posible valor que pueden ofrecer los derechos cuya titularidad corresponde al Ayuntamiento de B. Más aún: puede afirmarse que la determinación cuantitativa de la indemnización a percibir por el Ayuntamiento, habrá de venir dada en función de la *privación real* que con la expropiación sufra su patrimonio, en función de la reducción que para el mismo se derive, y no sobre la base de las hipotéticas utilidades que, de haber sido explotadas, permitirían alcanzar esas aguas.

Que ello es así se deduce del concepto mismo de expropiación forzosa —«*privación* singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales» (art. 1.º LEF)— y de toda la Ley, que cuida muy mucho de establecer como parámetro auténtico que permita la fijación del justo precio a percibir por el expropiado, el de que la indemnización sea equivalente a la privación que pueda sufrir en sus derechos. Es por ello que para fijar esa equivalencia, haya de hacerse la tasación sobre el valor real del bien, concretado además al momento en que se inicia el expediente, sin tener en cuenta en modo alguno las plusvalías que el bien pueda recibir como consecuencia directa del plan o proyecto de obras que den lugar a la expropiación (art. 36, 1 LEF).

La Jurisprudencia, por su parte, se ha mantenido también en una línea uniforme, cerrando siempre el camino a las pretensiones indemnizatorias, tan frecuentemente formuladas sobre los hipotéticos valores que los bienes expropiados pudieran alcanzar. No podía ser de otra forma. Recordemos, a este respecto, las sentencias de 30 de junio de 1908, 18 y 25 de septiembre de 1954, 18 de enero de 1958, 8 de mayo del mismo año, 23 de enero de 1959, etc.; la de 8 de mayo de 1957 dice textualmente en tal sentido: «los solares han de tasarse ni en su ayer ni en su mañana, sino en su hoy»; la de 3 de diciembre de 1958 señala que no puede valorarse la finca sobre el supuesto hipotético de que la zona en que está enclavada pueda convertirse en su día en zona industrial o en zona residencial; la de 12 de marzo de 1958 consigna que las consideraciones especulativas de insegura realidad futura, en modo alguno pueden servir de base valorativa.

Que la expropiación que el expropiado sufre sea el módulo con el que deba fijarse la indemnización, tal y como hemos visto, lo ratifican las sentencias de 6 de octubre de 1964, y entre otras muchas, las de 21 de septiembre de 1964 y 20 de octubre del mismo año, que para fijar la indemnización a percibir se determinan, nada menos, que sobre el valor de los *cultivos existentes* en el momento de iniciarse el expediente de expropiación: el valor de la finca, por tanto, no en orden a sus posibles rendimientos, sino a la utilización a la que en ese momento se le dedica.

Las referencias jurisprudenciales podrían hacerse desde luego interminables; prescindiendo de ello, quiero recoger, sin embargo, el criterio sentado en la sentencia de 2 de marzo de 1959, porque acaso sea argumentado de contrario. Esta sentencia, si bien es cierto que admite el criterio pericial de fijar la tasación, capitalizando la llamada «renta de potencia» a producir por la finca, expresamente se mantiene en la determinación objetiva generalizada, en cuanto esa hipótesis que se admite se refiere «a posibilidades nacidas de la propia naturaleza del bien y de lo que constituye su consecuente producción sin intervención alguna del ingenio humano». Directa y expresamente quedan descartadas las pretensiones del Ayuntamiento de B. de capitalizar los rendimientos de una hipotética explotación de las aguas, del valor que en tal caso pudieran alcanzar para determinar así la indemnización a percibir. Tan clara doctrina del Tribunal Supremo, en consonancia, por otra parte, con la legislación de expropiación forzosa, nos ahorra cualquier comentario.

Esta es, como vemos, la doctrina general perfectamente aplicable a nuestro supuesto.

Dando un paso adelante, conviene tratar de ver si existe alguna peculiaridad propia en orden a la expropiación de las aguas, bien entendido que para facilitar nuestro razonamiento podemos excluir todo lo relacionado con la expropiación de concesiones temporales de aguas públicas, tema al que con una cierta frecuencia ha tenido ocasión de referirse nuestro Tribunal Supremo.

En orden a la expropiación de aguas privadas, que sepamos, no ha habido ninguna determinación doctrinal acerca de los criterios de valoración que en tal caso es preciso asumir, si exceptuamos unas agudas

observaciones de Vittorio SCIALOJA (*La legislazione sulle acque*, en *Studi Giuridici*, V, Padova, 413 ss.), que bien parecen escritas para este caso. Son, repito, las únicas referencias doctrinales que sobre el tema conozco, y en ellas denuncia SCIALOJA las pretensiones indemnizatorias de los propietarios de unas aguas privadas, sobre la base, dice, de unos usos que nunca tuvieron esos caudales, y que sus dueños nunca pensaron en poder darles y de los que tan sólo se pecataron a la hora de ser expropiados. Las observaciones recogidas son desde luego suficientemente expresivas.

El criterio señalado, tanto por la Jurisprudencia con carácter general, como el formulado por SCIALOJA refiriéndose al supuesto comentado, es, a su vez, exactamente el mismo que nuestro Tribunal Supremo ha aplicado en los pocos casos que ha tenido ocasión de determinarse sobre el tema. Conozco tres sentencias que se han ocupado del tema de la expropiación de aguas privadas: la indemnización debe cubrir la privación real que sufra el indemnizado, sin comprender en ningún caso el valor hipotético que pudiera derivarse de una distinta utilización de esos caudales.

En primer lugar, una vieja sentencia, la de 7 de junio de 1894: se trata de una expropiación de aguas en la que la Administración propone una rebaja en la peritación realizada. El Tribunal Supremo la acepta, porque el titular de las aguas, que lo era de un derecho de aprovechamiento —si bien la argumentación es perfectamente aplicable a este caso—, las tenía abandonadas, «lo cual disminuye en sí, visiblemente, su valor, y no sería, por consiguiente, justo ni equitativo asignarle el mismo precio que han tenido caudales aplicados al movimiento de artefactos *en actividad*».

En segundo lugar, la sentencia de 13 de marzo de 1958: se trata de la expropiación de las aguas de una finca, «Torre de la Sirgada», expropiadas para llevar a cabo el abastecimiento de aguas a una población. El Tribunal Supremo, después de computar el valor del manantial, de los terrenos que ocupa y de la zona de protección de los mismos, pondera los perjuicios derivados de la expropiación, como criterio sobre el que habrá de deducirse la indemnización expropiatoria. ¿Cómo? Reconociendo como tales perjuicios los que se deducen de la forzosa transformación en secano de tierras que eran de regadío.

También, por último, una sentencia reciente, la de 17 de marzo de 1964, que se desarrolla sobre un supuesto análogo al anterior y en el que se mantiene la misma doctrina: el justiprecio ha de fijarse, se dice, sobre el valor diferencial de las tierras de regadío convertidas en tierras de secano, criterio que es el que permite calibrar la privación verdadera sufrida por el expropiado y, consecuentemente, la medida de la indemnización que debe recibir.

Pues bien, de lo que llevamos dicho creemos puede inferirse el criterio para fijar la indemnización a satisfacer al Ayuntamiento de B. por la privación que se le ocasiona. No es posible hacer entrar en juego los posibles aprovechamientos de que son susceptibles esas aguas, sino que hay que atenerse, en concreto, a la privación que el Ayuntamiento sufre con la expropiación, para lo que parece conveniente precisar, en su justa

medida, los beneficios reales que el Ayuntamiento tiene de los caudales, precisamente en el momento de iniciarse el expediente expropiatorio.

5. *Consideraciones sobre el procedimiento expropiatorio.*

La posición de la Sociedad concesionaria debe perfilarse en el supuesto que estudiamos de acuerdo con la figura del beneficiario de la expropiación (art. 2, 2 LEF), correspondiendo a la Administración del Estado, en este caso, a través de la Comisaría de Aguas, determinarse ejecutoriamente sobre todas las decisiones que supongan ejercicio de la potestad expropiatoria (art. 4 Rgimto.).

La Empresa concesionaria, al amparo de lo que establece el artículo 5 del Reglamento, debe solicitar de la Comisaría de Aguas la iniciación, a su favor, del expediente expropiatorio de las aguas, sobre la base del título concesional, bastante para «justificar plenamente la procedencia de la explotación».

La Administración, al actualizar la cláusula 11 del título concesional transcrita en los Antecedentes, habrá de fijar la extensión de aquellas aguas que tienen el carácter de públicas, ya que residualmente se inferirá el contenido de los derechos que corresponde al Ayuntamiento de B., y, en consecuencia, la determinación posterior de la indemnización a recibir por él. A tal fin deberá habilitarse un auténtico deslinde de aguas, «procedimiento de fijación», formando parte del procedimiento expropiatorio en general, pero del que tiene a su vez una cierta independencia. En llevar a la práctica la concesión otorgada, deberá encontrar la Comisaría de Aguas su título fundamental para intervenir en esta materia.

Como obstáculo para llevar a cabo lo que señalamos, podrá encontrarse la Comisaría de Aguas con el deslinde efectuado por la Administración forestal, y que, como hemos visto, es nulo de pleno derecho, no pudiendo, por tanto, producir efecto alguno. La Administración, por su parte, podría aplicar también la fórmula prevista en el artículo 109 de la LPA, bien entendido, además, que, de acuerdo a Derecho, no es aducible en este caso la doctrina de los actos propios, pues no cabe invocar tal doctrina cuando el supuesto acto obstativo carece de eficacia obligatoria (sentencia de 24 de abril de 1895), siendo indispensable que tal acto-obstativo será jurídicamente eficaz (sentencias de 21 de enero de 1922 y 21 de junio de 1945), aparte de que la Administración ha realizado, al parecer, actos distintos al reconocer como públicas aguas que en ese deslinde se señalan como privadas, y reconocer distintos aprovechamientos. También, y es la tercera solución, podría la Administración en ese procedimiento que hemos calificado de fijación formular una determinación provisional de las aguas que se consideraran como públicas —decimos provisional, pues en su día habría de ser compulsada por los Tribunales de justicia—. Como consecuencia de esa operación que realizase la Comisaría de Aguas, si, como es de prever, se formulara oposición por parte del Ayuntamiento de B., y siendo los bienes litigiosos, el procedimiento expropiatorio podría continuar perfectamente, entendiéndose entonces las diligencias, además, con el Ministerio Fiscal (art. 5 LEF). De este modo podría continuar todo el expediente expropiatorio y habría de

ser en el momento de debatirse el justo precio cuando, al fijar la extensión del mismo, se fijaran con carácter previo las pretensiones que en orden a la propiedad debatida pudieran alegarse, de acuerdo con lo que establece el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, cuya aplicación no tiene por qué excluirse para supuestos análogos al que ahora nos ocupa.

La Comisaría de Aguas debe justificar su título de intervención, fundamentando que se trata de deslindar las aguas públicas que la concesión comprende, para lo que, evidentemente, tiene ella competencia. De este modo se legitimaría su actuación a efectos de un posible planteamiento de un conflicto de atribuciones por parte de la Administración del Estado. Si el conflicto se planteara, ¿podría seguir actuando la Comisaría de Aguas? Una respuesta afirmativa sería desde luego discutible, al amparo de lo que establece el artículo 53, en relación con el artículo 21 de la Ley de 17 de julio de 1948.

No hace falta insistir que la Sociedad consultante tiene siempre abierto el acceso a los Tribunales ordinarios de justicia, que está legitimada para ello, caso de que mediante el juicio declarativo correspondiente tratara de obtener una declaración directa del carácter público de parte de las aguas que el deslinde considera como privadas. La Empresa concesionaria, en base a su título concesional, tiene un interés directo evidente y un auténtico derecho que la legitima para formular tal pretensión, caso de que se estimara oportuno seguir esta última vía.

En virtud de todo lo expuesto y alegado, creemos pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

1. Es preciso reconocer a favor del Ayuntamiento de B. un derecho a utilizar y aprovechar las aguas que nacen en sus montes de propios, en los límites que se señalan en la conclusión siguiente. Este derecho en modo alguno puede homologarse con un derecho de propiedad de carácter pleno.

2. Las aguas del río Esera son de dominio público desde su nacimiento; deben excluirse, por tanto, de la consideración a que se refiere la conclusión anterior, debiendo ser comprendidas, consecuentemente, entre las aguas públicas cuyo aprovechamiento se ha otorgado en la concesión.

3. El deslinde efectuado por la Administración forestal es nulo de pleno derecho, no sólo por haberse llevado a cabo a través de ese procedimiento el deslinde de aguas y cauces públicos —para lo que era incompetente la Administración forestal—, sino por haber formulado también declaraciones relativas al derecho de propiedad, excediéndose así de modo manifiesto en sus funciones y usurpando las propias del Poder judicial, todo ello, además, en un procedimiento de deslinde, en el que, como es sabido, sólo pueden constatarse situaciones posesorias.

4. En ningún momento pueden acogerse en la indemnización a satisfacer al Ayuntamiento de B. las pretensiones que éste pueda alegar sobre

hipotéticas utilizaciones de esas aguas, que exceden a las que realmente se llevan a cabo en estos momentos.

5. La Sociedad concesionaria puede ejercer en cualquier momento las acciones civiles correspondientes.

Tal es mi opinión, que, como siempre, someto a otra mejor fundada en Derecho, en Valladolid, a 11 de noviembre de 1965.

S. MARTÍN-RETORTILLO.

BIBLIOGRAFIA

