

# SOBRE LAS AGUAS DE DOMINIO PÚBLICO Y DE DOMINIO PRIVADO

Por FRANCISCO ALONSO MOYA

Abogado del Estado

**SUMARIO:** I. Su delimitación en la legislación especial.—II. Preceptos reguladores.—III. Conceptos y clasificación legales: A) Aguas de dominio público. Sus tres grupos. B) Aguas de dominio privado.—IV. De las facultades dominicales sobre las aguas de dominio privado y de los aprovechamientos eventuales de las de dominio público: A) Las facultades dominicales sobre las aguas de dominio privado. B) Los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público.—V. Consideración especial de las aguas públicas separadas de sus cauces naturales y de las nacidas en montes de Propios. A) Aguas públicas separadas de sus cauces naturales. B) Las aguas nacidas en montes de Propios.—VI. Consideraciones finales.

## I.—SU DELIMITACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL.

Dentro de la legislación especial de las aguas terrestres ocupa por su trascendencia, un lugar preferente, la delimitación de las aguas de dominio público y las de dominio privado. Reconociendo con la exposición de motivos que «no es fácil, en verdad, trazar esos límites, acerca de los cuales reina gran confusión en la mayor parte de las legislaciones y variedad de opiniones entre sus comentadores», creemos, con sus autores, que la Ley la dejó establecida en forma adecuada dentro de su articulado, si bien con posterioridad e iniciada por los redactores del Código civil, se puede apreciar una desorientación manifiesta, que se refleja en el carácter contradictorio de numerosas disposiciones administrativas y resoluciones judiciales.

Toda la legislación de aguas parece olvidada por nuestra doctrina científica (1). A ello contribuye su situación intermedia, en plena di-

---

(1) Como excepción que confirma la regla, R. GAY DE MONTELLA y C. MASSO: *Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas*, Bosch, Barcelona, 2.<sup>a</sup> edición, 1949.

visoria y a dos vertientes, de las materias propias de los Derechos civil y administrativo (2). Sin embargo, por su interés jurídico, por los muy extensos intereses patrimoniales a los que afecta y por la multiplicidad de preceptos que la regulan y convierten en árida y compleja, el rigor sistemático que sólo la doctrina procura, se hace necesario y perentorio.

Carentes de mayores posibilidades, nuestro propósito no sobrepasa la doble finalidad de plantear el tema y llamar la atención de quienes puedan desarrollarlo con autoridad verdadera, ya que si toda esta legislación especial resulta interesante, sus partes básicas, como la delimitación de las aguas de dominio público de las de dominio privado, son las más necesitadas de estudios serios y constructivos para los cuales éste pudiera servir de aportación de materiales.

## II.—PRECEPTOS REGULADORES.

Las normas fundamentales sobre el dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes (3), se contiene dentro de nuestra legislación vigente en el Cap. I, Tít. IV, Libro II del Código civil, y en el Cap. II, Título I de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. Los elementos de más utilidad para su mejor interpretación los tenemos en la Base 10 de la Ley de 11 de mayo de 1888, y, sobre todo, en la exposición de motivos del proyecto que sirvió de base para la Ley de Aguas de 1866 (4).

---

(2) GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, v. II, pág. 344. «El problema de la propiedad de las aguas es propio del Derecho civil, que es el que se ocupa de la institución de la propiedad y las relaciones que suscita. Al Derecho administrativo corresponde considerar la relación de las aguas con el interés social y la reglamentación de las relaciones que sus aprovechamientos originan.» COLIN Y CAPITANT: *Derecho Civil*, t. II, v. 2.º, pág. 559. Trad. española. «El régimen de las aguas corresponde al mismo tiempo al Derecho administrativo y al Derecho civil. Al administrativo, porque a la Administración pertenece la policía de las aguas y el derecho de dictar reglamentos de interés general para el uso de las aguas...»

(3) No comprendemos aquí las aguas pluviales, muertas o estancadas, subterráneas, minerales, minero-medicinales y marítimas, por ofrecer su estudio facetas muy diferentes.

(4) Por referirnos constantemente a su contenido, precisa transcribir aquí algunos de los párrafos de dicha exposición de motivos que figuran bajo el epígrafe *Dominio de las aguas terrestres*, y limitados al fundamento del criterio del legislador. Dicen así: «Queda ya indicado en otro lugar que el dominio de las aguas ha dado lugar a empeñadas cuestiones entre célebres juristas, negando alguno

Las normas complementarias se hallan diseminadas en la multitud de disposiciones—más de trescientas—que integran esta legislación especial, y en cuya mayoría no pueden estimarse derogadas.

Frente a esta multiplicidad de Reales Decretos-Leyes, Reales Decretos, Decretos, Reales Ordenes, Ordenes y Ordenes Ministeriales, nos encontramos carentes del Reglamento general que toda ley fundamental precisa para su normal y uniforme desarrollo y que la de Aguas anunciaba en su articulado.

Tantas disposiciones, emanadas de diversos centros administrativos, no persiguieron en general, y su cantidad lo prueba, el desenvolvimiento de los preceptos legales profundizando en su sentido y buscando una interpretación consecuente con sus principios fundamentales; por el contrario, se limitaron a regular situaciones concretas de hecho que la realidad venía presentando.

También puede observarse que las ideas aceptadas por los redactores del proyecto que fué ley en 1866. fueron desplazadas seguidamente por aquellas otras de sentido más individualista que profesaron los redactores del Código civil.

---

que el agua corriente sea susceptible de él... El obstáculo que para el dominio privado del agua encuentran muchos en su calidad de corriente, no lo es, en sentir de la Comisión: tal cualidad no se opone a su apropiación y consumo, y todo lo que es susceptible de apropiación y consumo puede ser objeto de dominio privado. Mas de que las aguas corrientes sean por su propia naturaleza susceptibles de dominio privado, no se infiere que la ley, apoyada en motivos de conveniencia pública, no pueda limitarlo sólo a algunas, reservando otras al dominio público de la Nación. No es fácil, en verdad, trazar estos límites, acerca de los cuales reina gran confusión en la mayor parte de las legislaciones y variedad de opiniones entre sus comentadores... La antigua legislación de Castilla es incompleta y oscura en estas partes; cosa natural, si se tiene en cuenta que tanto los fueros generales como los especiales, como las leyes de Partida, se publicaron cuando a la sazón era en ella casi desconocido el riego, por lo que no podía darse importancia al dominio de las aguas en corrientes algo caudalosas, que iban a perderse sin fecundar parte alguna del suelo, ni obtener de ellas más ventajas que el aprovechamiento de su fuerza motriz en alguno que otro grosero y sencillo artefacto... Algo menos vaga fué en esta parte la legislación de Cataluña y Valencia, donde, declarados de uso común los ríos, se reservaron los reyes como una de las regalías llamadas menores la concesión del aprovechamiento de sus aguas... Tal era en España el estado de la legislación sobre la materia cuando en el último tercio del siglo pasado comenzaron a estudiarse y aplicarse en ella los buenos principios de administración. Exigen éstos la intervención del Poder público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público; y el fomento de la riqueza exige por otra parte que se dé la preferencia a aquellos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos

Ambas circunstancias han contribuido en forma notable a dificultar el estudio y buena interpretación de esta legislación especial de aguas, quedando como camino adecuado para llegar a buen fin el desentrañar los principios de la Ley a través de las palabras de sus autores y hacerlos prevalecer sobre la desarticulada y casuística legislación posterior. Los preceptos de esta última carecen de rango suficiente para modificar lo establecido por la Ley y el Código civil, siendo en cuanto no estén conformes con ellos, y en el mejor de los casos, meras desviaciones reglamentarias que deben ser corregidas por los organismos correspondientes.

Una vez más se aprecia la imposibilidad de la Administración para regular casi por entero materia tan importante como la de las aguas terrestres. Como acertadamente dice DE CASTRO (5): «El poder legis-

---

bienes comunes con la misma economía y acierto con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostienen los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración pública *la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria.* Por fortuna, poco tiene que innovar la Comisión en este punto: tiempo hace que estos buenos principios de Administración han ido arraigándose entre nosotros. (Y tras de citar la Instrucción de Intendentes corregidores de 1749 y la R. O. de 14 de mayo de 1846, agrega): «El R. D. de 29 de abril de 1860 fué todavía más explicito, exigiendo igual autorización (la Real) para llevar a cabo cualquier empresa de interés público o privado, que tuviese por objeto el aprovechamiento de las aguas de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos o cualquiera otra clase de corrientes naturales, sea cual fuere su denominación, viniendo de este modo a quedar declarado implícitamente *el dominio público de todas las corrientes naturales.*—*La Comisión ha partido, pues, de este principio sentado por el Gobierno y aceptado sin contradicción por la opinión pública del país.* Una excepción, sin embargo, ha creído que debía establecer en favor de aquellas aguas que, aunque comprendidas en la anterior regla general, sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido por la ley civil para la prescripción de cosas inmuebles de ausentes por uno o más dueños de predios particulares sin dependencia alguna de la Administración. Hay, en efecto, multitud de pequeños manantiales que, aun nacidos en terrenos públicos, van a fertilizar exclusivamente algunos predios cuyos dueños diligentes fueron los primeros en aprovecharlos. Estos manantiales se han considerado siempre como una pertenencia del predio que riegan, y la Comisión no ha creído conveniente hacer innovación alguna en esta parte, porque la acción de la Administración no debe descender a tan pequeños pormenores... Pero cuando esos riegos se hallan bajo la dependencia de la Administración que interviene en ellos por medio de sus agentes o de sus reglamentos, *no puede reconocerse verdadero dominio sobre tales aguas en quienes debe presumirse que sólo las aprovechan en virtud de concesión hecha, vigilada y reglamentada por la misma Administración. Tales son los principios cardinales que han guiado a esta Comisión al establecer reglas sobre el dominio de las aguas superficiales...*»

(5) F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*. Parte General. Madrid, 1949, pág. 361, nota 2.<sup>a</sup>.

lativo lo confía la comunidad al soberano para que lo ejerza por ella y para el bien común, conforme a una idea unitaria y superior de la realidad social. Condiciones que faltan en la Administración. Es el porqué del Estado de derecho y de la condena del despotismo burocrático. La subordinación de la Administración a la Ley es garantía para el poder soberano —de la ejecución fiel y uniforme de su mandato—, de la dignidad y libertad del súbdito —amparado por la Ley frente al arbitrio— y para el bien común —amenazado por la visión parcial o interesada de cada departamento administrativo—».

Más adelante habrá lugar para apreciar que los embates de mayor envergadura contra las aguas públicas y las normas fundamentales que las definen y regulan, con grave peligro del interés social, no han partido de los particulares.

Si cuanto antecede tiene aplicación apropiada a la legislación de aguas terrestres en general, cobra un valor más acentuado al adentrarse en el estudio de la delimitación de las aguas de dominio público y las de dominio privado, en la cual sólo una desorientación, a veces voluntaria, por los grandes intereses particulares que entran en juego, y el completo olvido de los principios proclamados por la Ley, han permitido una interpretación extensiva del concepto de las aguas de dominio privado, y hasta la curiosa figura de la concesión administrativa de aguas previamente consideradas de dominio particular.

### III.—CONCEPTOS Y CLASIFICACIÓN LEGALES.

Vista en la parte transcrita en nota anterior de la exposición de motivos cómo nuestro legislador, vivificando la tradición del Derecho histórico, establece como principio fundamental la pertenencia al dominio público de todas las corrientes naturales de aguas, no es comprensible la forma en que ha quedado desvirtuado este principio en el desarrollo, interpretación y aplicación de la legislación especial de aguas. Por ello es curioso examinar, aun someramente, el desenvolvimiento de las leyes sobre esta materia en aquellos otros países que fueron estudiados en la exposición de motivos, para, comparativamente, poder proclamar las ventajas de su decisión.

En Alemania (6), donde por su clima y configuración geográfica las corrientes de agua tienen más valor como vías de comunicación que por su condición de productoras de energía o fertilizantes del suelo, y cuya legislación sobre la protección contra las aguas data de 1704 y precedió a la de protección de sus aprovechamientos, aunque se ha mantenido el concepto de aguas privadas de todas las de corrientes naturales de aguas no navegables, se ha establecido con carácter general la necesidad de la concesión administrativa para la mayoría de los aprovechamientos de que son susceptibles, y desde luego, para cuantos tienen verdadera importancia económica. Prevalece el concepto del aprovechamiento sobre el de la naturaleza de las aguas.

En Italia (7), por ordenación del art. 822 del nuevo Código civil

---

(6) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*. Trad. Pérez y Alguer, t. III, vol. I., págs. 603 y sgtes. Bosch. Barcelona, 1936; y FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, págs. 299 y sgtes. Barcelona, 1933. Con la ley de Aguas de Prusia de 1913 se abandonó la concepción pura del derecho privado y el anterior, procurando fortalecer los derechos del Estado. Esta intención se manifestó especialmente en cuanto a las aguas antes objeto de regalías (ríos navegables), que se transformó en «derecho eminente sobre los ríos»: en lugar de un derecho fiscal de disfrute del río, figura un derecho de «concesión del Estado», con referencia a todos los provechos que excedan de los límites del uso público. Y este derecho de concesión se aplica también a las aguas no sometidas antes a regalía, o sea a los ríos pequeños y a los arroyos. La ley de 29 de julio de 1921 transfirió al Reich la propiedad de todas las vías fluviales. Las demás aguas continentales se dividen en corrientes y no corrientes: aquéllas, corrientes naturales y artificiales, y las aguas corrientes y naturales, según su tamaño e importancia económica, en grandes ríos, ríos y arroyos. La ley de Aguas prusiana, en evitación de confusiones terminológicas, las divide en corrientes de agua de primera, segunda y tercera categoría, estableciendo listas oficiales de las de primera y segunda categoría, siendo de tercera las no comprendidas en ellas.

La propiedad de las corrientes de aguas de primera categoría corresponde al Estado; en las de segunda y tercera la propiedad es de los propietarios ribereños. Esta propiedad es muy limitada. En efecto, las aguas pueden ser lícitamente aprovechadas en virtud de uso común, que no impide el uso por los demás; a título de propiedad y a título de concesión administrativa. La concesión es necesaria para los seis aprovechamientos siguientes: para derivar aguas; verter líquidos en ellas; elevar o bajar su nivel; construir puertos y canales; establecer embarcaderos; o establecer baños comunales o de utilidad pública. La intervención del Poder público es muy extensa en el aprovechamiento de las corrientes que se consideran de dominio privado, no en función al carácter de las aguas, pero sí para establecer un procedimiento de regulación que garantice el orden que mejor corresponda a la naturaleza del agua.

(7) ORLANDO: *Primo trattato completo di Diritto amministrativo*. V. 5.º, páginas 843 y sgtes. Avv. Gino Vitta, Milano, 1930. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, V. 4.º, págs. 49 y sgtes. Milano, 1945.

El primer texto legislativo que reguló las aguas en Italia fué la ley de Obras Públicas de 20 de marzo de 1865. Al publicarse el Código civil tres meses después, surge una controversia muy dilatada sobre los conceptos sentados por ellas

de 1942, forman parte del dominio público las aguas de los ríos, torrentes, lagos y las otras aguas definidas como públicas en la legislación especial. El art. 909, al declarar que el propietario del suelo tiene el derecho a utilizar el agua existente en su fundo, aclara que «salvo las disposiciones de la legislación especial sobre el agua pública y el agua subterránea». Es decir, el Código concede preferencia a la legislación especial, tanto para determinar las aguas correspondientes al dominio público, como para establecer las limitaciones sobre los aprovechamientos de aguas privadas. Las aguas públicas se señalan en el art. 1.º del R. D. de 11 de diciembre de 1933: «Es pública toda el agua emergente y fluente, incluso la que se extraiga artificialmente del subsuelo, considerada ya solamente por su caudal, o por la importancia de la respectiva cuenca, o en relación al sistema hidrográfico al que pertenece, siempre que haya adquirido aptitud para un uso de público y general interés.» Por todo ello, para ZANOBINI, el concepto de agua pública en la legislación italiana es muy amplio y puede ser examinada en relación a su entidad física, por la naturaleza de su utilidad y con relación al modo de manifestarse esa utilidad. Toda agua puede ser pública en relación con su entidad física; debe tener aptitud o cualidad de uso para un interés general, no sólo para el público o nacional, también el realizado por particulares si corresponde a finalidades económicas de interés general; la utilidad puede ser varia en su manifestación natural: manantiales,

---

respectivamente sobre agua pública y agua «demaniale» o del patrimonio público. La ley de Obras Públicas estableció un concepto muy lato del agua pública inspirándose en el criterio dominante en muchos de los estados que integraron la nacionalidad italiana. Incluía en ellas los ríos, torrentes y además los cursos menores de agua (art. 102), la utilización de estas aguas precisaba la concesión gubernativa (art. 132). Por el contrario, en el Código civil sólo tenían carácter de aguas «demaniales» o del patrimonio nacional los ríos y torrentes (art. 427); los cursos menores quedaban a disposición del propietario del fundo, que podía usar de ellas libremente para el riego de su propiedad o el aprovechamiento de su industria (art. 543).

La contradicción entre ambos textos la resuelve la legislación posterior. En primer lugar, la ley de 10 de agosto de 1884, ordenando no se pudiera hacer derivación alguna de agua corriente sin título legítimo, y lo eran la prescripción adquisitiva de treinta años y la concesión administrativa. La misma tendencia distingue a la ley de 20 de marzo de 1893, estableciendo medidas para la defensa contra las aguas en los cursos menores. Otras leyes regulando el aprovechamiento de las aguas para producción de energía eléctrica, de 20 de noviembre de 1916, 9 de octubre de 1919 y por fin el R. D. de texto refundido de 11 de diciembre de 1933, exigen la concesión administrativa para poder utilizar el agua con tal finalidad, cualquiera que sea la corriente por la que afluya.

ríos, lagos, etc., tanto considerados en sí como en relación al sistema hidrográfico que los integra, y esa utilización puede ser actual o en potencia, si para hacerla efectiva precisa la realización de nuevas obras. Para dicho autor son aguas públicas: las de ríos y torrentes, las de los lagos, salvo aquellos de mínima extensión a los que el viejo Código denominaba de propiedad privada; el agua de manantiales, salvo la que emerge de un fundo privado y no aporte una contribución apreciable a un curso de aguas públicas; los glaciares; los pequeños ríos, arroyos y pequeños torrentes; el agua subterránea y los acueductos y canales del Estado, provincia y municipios.

En Francia (8), la Ley de 8 de abril de 1898, incorporada en parte al Código civil; el Reglamento de 14 de noviembre de 1899, la Ley de 16 de octubre de 1919, regulando el régimen de la energía hidráulica, modificaron sensiblemente el criterio sustentado por el Código de Napoleón y es objeto de comentario en la exposición de motivos. Las aguas pueden ser pluviales, de manantiales y corrientes: las pluviales son susceptibles de apropiación privada; el dueño del terreno sobre el que caen tiene el derecho de hacerse dueño de ellas y usarlas como le parezca; las aguas de manantiales pertenecen al dueño del suelo, con restricciones de existencia de una servidumbre de «non retinendi», la

---

(8) COLIN y H. CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. Demófilo DE BUEN. t. II, pág. 558, Madrid, 1923, Maurice HAURIUO, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 11<sup>a</sup> ed., 1<sup>o</sup> Fas., pág. 503. JOSSEBRAND, *Cours de Droit civil positif français*, 2<sup>a</sup> ed., París, 1932, pág. 755. WALINE, *Traité de Droit administratif*, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1950, pág. 374. Bajo el antiguo derecho, el régimen de las aguas era objeto de numerosas y confusas disposiciones, así como de costumbres muy distintas según las regiones y localidades. La ley de 1898, incorporada en parte al Código civil, es base del régimen de aguas actual. Las aguas de los ríos navegables y flotables son de dominio público. Las aguas corrientes de cursos no navegables ni flotables son «res comunis»; los dueños de los predios ribereños son dueños del cauce y tienen determinados derechos al aprovechamiento de las aguas en beneficio de sus fundos, empero, la energía hidráulica de las aguas quedó bajo el control del Estado desde la ley de 16 de octubre de 1919, nadie puede intentar el establecimiento de una empresa hidro-eléctrica sin previa concesión del Estado. (En Argelia y en las colonias todos los cursos de agua, sin distinción, pertenecen al dominio público). Como dice PLANIOL: En las aguas corrientes se conceden determinados derechos a los ribereños, pero pertenecen al dominio público. Las aguas de manantiales pertenecen al dueño del fundo donde emergen, pero con las limitaciones que se indican en el texto. Por último, las aguas pluviales son susceptibles de apropiación privada. La ley de 8 de abril de 1946 nacionalizó en el organismo público «Electricité de France» todas las empresas productoras de energía hidroeléctrica, salvo casos muy especiales, y desde entonces sólo dicha entidad puede obtener aprovechamiento de las aguas para la producción de energía.

que se da en beneficio de una agrupación humana para su uso; la de las aguas minero-medicinales y la correspondiente a los manantiales que a la salida del fundo formen una corriente de agua que presente los caracteres de las públicas, en cuyo caso no puede apartarlas de su curso natural. Por último, las aguas de los cursos naturales son de dominio público, aunque en ellas se concedan ciertos derechos a los ribereños, y cuando esos cursos naturales son navegables, sus aguas son de dominio público, sin que a los ribereños se les otorgue derecho alguno sobre ellas.

Se advierte, pues, en todas estas legislaciones la tendencia ininterrumpida a acrecentar los bienes de dominio público en cuanto a los cursos de agua, y un criterio unánime al exigir la intervención del Poder público en la concesión de sus aprovechamientos, y en forma especial los que hayan de utilizar la energía eléctrica que de las aguas puede obtenerse.

A. *Aguas de dominio público. Sus tres grupos.*—La Ley de Aguas y el Código civil son coincidentes al relacionar las aguas de dominio público, declarando como tales: 1.º Los ríos (art. 407 del Código civil, en su núm. 1.º, y art. 4.º, núm. 3.º, de la Ley). 2.º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales (núm. 2.º de ambos artículos); y 3.º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público (números 3.º y 1.º, respectivamente, de dichos artículos).

Esta triple diferenciación entre las aguas de dominio público no es casual, simplemente enumerativa o intrascendente. Tampoco puede pasar inadvertido que el Código invirtiera el orden fijado por la Ley, relacionando las aguas corrientes de mayor a menor importancia y tras ellas las que, sin formar corrientes naturales, son públicas en atención a la misma naturaleza de los terrenos donde nacen. Si donde la Ley no distingue no se debe distinguir, cuando la distinción se halla establecida habrá que apreciarla en todos sus matices.

Los preceptos legales citados contienen, a nuestro juicio, una verdadera clasificación de las aguas públicas, y por no haber sido tenida en cuenta, como por olvido de la diferencia existente entre su dominio y aprovechamiento, se les ha dado una interpretación restrictiva, amplian-

do inmotivadamente el concepto de las aguas de dominio privado. Examinándolos separadamente tenemos:

1.º Las aguas de los ríos, al igual que las de los torrentes, son de dominio público en toda la extensión de sus recorridos, desde el nacimiento a la desembocadura. A la expresión terminante del art. 4.º de la Ley y art. 407 del Código se une, con la trascendencia que le presta el lugar que ocupa, el art. 339, núm. 1.º, de éste: «Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado; las riberas, playas, radas y otros análogos.» Ningún otro precepto vigente de nuestra legislación contraviene esta calificación de los ríos y torrentes como bienes de dominio público. Por ello, toda discusión sobre la naturaleza de sus aguas carece de fundamento jurídico. Los ríos y torrentes y sus aguas son bienes de dominio público, gozando de los privilegios inherentes a los de tal condición, de inalienabilidad e imprescriptibilidad (9).

La duda se presenta en cuanto a qué corrientes naturales de agua merecen la denominación de ríos y torrentes. La Ley no contiene normas definidoras y habrá de estarse al significado gramatical de las palabras. Para la Real Academia de la Lengua, son ríos las corrientes de agua continua, más o menos caudalosa, que van a desembocar en otra o en el mar; y torrentes, corrientes o avenidas impetuosas de aguas que sobrevienen en tiempos de muchas lluvias o de copiosos aguaceros. Así, en cada caso, podrá plantearse como cuestión de hecho la calificación de una corriente natural de agua; pero, supuesto sea río o torrente, se tratará de bienes de dominio público y sus aguas pertenecen al mismo dominio.

2.º En correcta exégesis de la Ley, las aguas, continuas o discontinuas, de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, también son de dominio público. El Código y la Ley así lo proclaman y los autores de ésta lo justifican en forma convincente. «La Comisión —nos dicen— ha partido del principio sentado por el Gobierno y aceptado sin

(9) El dominio de las aguas públicas es siempre imprescriptible. Sólo prescribe el derecho al aprovechamiento de las aguas. Los aprovechamientos de las aguas públicas—dice el art. 409 del Código—se adquieren por prescripción de veinte años. Para el art. 149 de la ley, el que durante ese lapso de tiempo hubiese disfrutado un aprovechamiento sin oposición, continuará disfrutándolo. Para la exposición de motivos la prescripción se equipara a las concesiones tácitas.

contradicción alguna por la opinión pública del país, de que todas las corrientes naturales de agua eran de dominio público, recogido ya en el R. D. de 29 de abril de 1860, que exigía la Real autorización para llevar a cabo cualquier empresa de interés público o privado que tuviera por objeto el aprovechamiento de las aguas de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos o cualquier otra clase de corrientes naturales, sea cual fuere su denominación.» No establecen otra excepción que la referente al aprovechamiento de pequeños manantiales utilizados por particulares para el riego de sus fincas durante más de veinte años. La excepción es con relación al aprovechamiento y no al dominio de las aguas.

Los conceptos de dominio y aprovechamiento de las aguas también se diferenciaron suficientemente en la exposición de motivos: «Juzga la Comisión indispensable determinar los caracteres generales que separan y diferencian el aprovechamiento del dominio. Este es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro... El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible... Por eso la Comisión no reputa jamás a los concesionarios de las aguas públicas como verdaderos dueños de éstas, *ni aun después de separarlas de sus cauces naturales*, sino como meros usuarios, limitados al objeto que se les concedieron y sujetos siempre a la vigilancia de la Administración, encargada de precaver todo abuso o desperdicio. No es nueva esta doctrina, sino consagrada por los siglos, especialmente en aquellas provincias donde más codiciados y esmerados han sido los aprovechamientos del agua.»

Con estas palabras de la exposición de motivos se podrá estar o no conforme, pero nos obligan a reconocer que, para el legislador, dominio y aprovechamiento de las aguas son conceptos bien diferentes, cuya separación se mantuvo al redactar la Ley y de la que no puede prescindirse al comentarla.

Empero, la contradicción con los núms. 2.º de los arts. 4.º de la Ley y 407 del Código civil, se ha buscado en el art. 412 de éste. «El

dueño de un predio en el que nace un manantial o *arroyo*, continuo o discontinuo, puede *aprovechar* sus aguas mientras discurren por él.» Para algunos, este precepto sirve de argumento fundamental para justificar la posibilidad de que las aguas corrientes por sus cauces naturales, arroyos e incluso ríos, pueden pertenecer al dominio privado; para otros, como DE BUEN (10), uno de los civilistas que más atención ha dedicado a la materia, la conciliación entre el principio de que las aguas pertenecen al predio en donde brotan y el de que las aguas corrientes son del dominio público, tiene lugar en este art. 412, tanto en la parte transcrita como cuando agrega: «pero las sobrantes entran en la condición de públicas, y su aprovechamiento se rige por la Ley especial de Aguas». Para nosotros, este artículo no perseguía más finalidad que referirse al aprovechamiento de las aguas de dominio privado; bajo tal epígrafe se encuentra como el primero de los que integran la Sección tercera del Capítulo primero del Título IV del Libro II; debió armonizarse con el núm. 1.º y no con el 5.º del art. 408; el empleo de la palabra arroyo es un lapsus de sus redactores; pero en todo caso, y supuesta la contradicción con el art. 407, no puede prevalecer una norma sobre el *aprovechamiento* de las aguas de dominio privado sobre la definidora de las aguas de *dominio* público, máxime si ésta se halla en completa conformidad con el criterio del legislador y el principio general que informa la Ley de considerar de dominio público todas las corrientes naturales de aguas. Entendemos, por tanto, de aplicación preferente el núm. 2.º del art. 407 del Código y del art. 4.º de la Ley, normas definidoras, y conforme a ellas, todas las aguas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales son de dominio público.

3.º Las aguas públicas del grupo tercero, las nacidas, continua o discontinuamente, en terrenos de dominio público, antes de correr por sus cauces naturales, según debe entenderse para diferenciarlas de las del grupo segundo, no ofrecen problema. Su calidad se determina por la del predio en donde emergen.

Los autores nacionales, bien que sin adentrarse en la materia, consideran de dominio público en general, las aguas corrientes de los ríos, manantiales y arroyos, GASCÓN Y MARÍN (11), ROYO - VILLANOVA (12),

(10) COLIN y H. CAPITANT, t. II, págs. 558 y siguientes.

(11) *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, 9.ª ed., pág. 377.

(12) *Elementos de Derecho administrativo*, 21 ed., pág. 581.

GARCÍA OVIEDO (13), CASTÁN (14), VALVERDE (15), CASSO Y VIÑAS (16), MANRESA (17), MUCIUS SCAEVOLA (18). Para DE BUEN (19), las enumeraciones de los artículos 407 y 408, se inspiran en cuanto a las aguas, determinando su calidad jurídica por su naturaleza o por el lugar en donde caen o aparecen; atendiendo a la primera, son públicas las de todas las corrientes naturales; en razón al lugar de su caída o aparición, serán públicas o privadas según aquél tenga uno u otro carácter. El criterio impugnado lo mantiene en nota el «Diccionario Alcubilla», que tanto predominio ejerce en nuestros medios administrativos.

B. *Aguas de dominio privado.*— La única definición propiamente dicha de las aguas de dominio privado, la contiene nuestra legislación en el núm. 1.º del art. 408 del Código: «Son de dominio privado: 1.º Las aguas continuas y discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos.» La Ley de Aguas no las define, mas dice de ellas en el art. 5.º: «Tanto en los predios de los particulares como en los de propiedad del Estado, de las provincias o de los pueblos, las aguas que en ellos nacen, continua o discontinuamente, pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas para los efectos de la presente Ley. Mas si después de haber salido del predio donde nacen entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada, bien sea antes de llegar a los cauces públicos o después de haber corrido por ellos, el dueño de dicho predio puede aprovecharlas eventualmente y luego el inmediatamente inferior, si lo hubiere, y así sucesivamente, con sujeción a lo que prescribe el párrafo segundo del art. 10.»

Ambos artículos son de igual contenido, si bien la Ley se abstiene denominarlas de dominio privado, atribuyendo al propietario «la pertenencia para su uso o aprovechamiento», pero al expresar «en cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son pú-

(13) *Instituciones de Derecho administrativo*, t. I, pág. 267.

(14) *Derecho civil español, común y foral*, 6.ª ed., t. II, pág. 88.

(15) *Tratado de Derecho civil español*, 2.ª ed., t. II, pág. 143.

(16) *Derecho civil español común y foral*.

(17) *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., t. III, pág. 554.

(18) *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., t. VII, pág. 356.

(19) *Derecho civil común*, 3.ª ed., t. I, pág. 211.

blicas a los efectos de la presente Ley», a sensu contrario, podrán calificarse de aguas privadas, las que se hallen dentro del predio de su emergencia. Lo que no ha de olvidarse es que tanto el Código como la Ley, sitúan estos preceptos frente al núm. 1.º del art. 4.º de ésta y núm. 3.º del art. 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 cauces naturales formando una corriente, se hallan en el supuesto contemplado por los números 2.º de ambos artículos y gozan del carácter de las de dominio público. Con otra interpretación no tendría sentido la clasificación tripartita que de las aguas públicas establecen ambos cuerpos legales.

No compartimos la tesis de GAY DE MONTELLA (20), cuando sostiene que los repetidos artículos 5.º y 408 de la Ley y el Código, no distinguen entre pequeñas y grandes corrientes y, por consiguiente, entran todas las nacidas en predios privados en la consideración de aguas de dominio particular. Muy al contrario, precisamente por no comprender estos preceptos otras aguas que las del grupo tercero, las de manantiales que no corren por cauces naturales, únicamente ellas, por razón de la naturaleza del predio en donde nacen, pueden tener la calificación de aguas de dominio privado, que nunca pueden alcanzar a las aguas de corrientes naturales, sean en grandes o pequeñas corrientes.

Otro de los motivos que más ha contribuido a oscurecer la diferenciación entre las aguas de dominio público y las de dominio privado, es la confusión existente sobre los aprovechamientos eventuales de las aguas públicas, de los que trataremos más adelante. Tales aprovechamientos eventuales, son, repetimos, con relación a las aguas públicas. Perfectamente equiparables a los derechos de los dueños de predios ribereños de pequeñas corrientes, en otras legislaciones, como la francesa e italiana. Y aunque tales derechos sean semejantes a los que corresponden a sus dueños sobre las aguas de dominio privado, esta correlación de facultades no afecta en modo alguno a la naturaleza de las aguas.

Por lo expuesto en este apartado entendemos: que el único concepto de las aguas de dominio privado, se contiene en la legislación española en el núm. 1.º del art. 408 del Código civil, en conformidad con el cual

---

(20) Obra citada, pág. 53.

se halla el art. 5.º de la Ley de Aguas; que ambos preceptos respetan el principio general que informa toda la legislación especial, de ser de dominio público todas las aguas de las corrientes naturales, sea cuales fuere su denominación e importancia; que el art. 412 del Código, no define el dominio de las aguas, limitándose a regular el aprovechamiento de las de dominio privado; que los artículos definidores de estas aguas, no contemplan otro supuesto que el contrario del núm. 3.º del art. 407 del Código. y núm. 1.º del 4.º de la Ley. Por todo ello, pueden definirse como de dominio privado «las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales, mientras discurren por los mismos predios».

IV.—DE LAS FACULTADES DOMINICALES SOBRE LAS AGUAS DE DOMINIO PRIVADO Y DE LOS APROVECHAMIENTOS EVENTUALES DE LAS DE DOMINIO PÚBLICO.

No es un modelo de sistemática el Capítulo II de la Ley de Aguas. Dejando aparte los artículos 4.º y 5.º, ya estudiados, y los que no afectan a nuestro tema (artículos 13, 15 y 16), los restantes cumplen, involucrados entre sí, la doble finalidad de reglamentar las facultades de los dueños de los predios en los que emergen aguas de dominio privado y cuanto concierne a los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público, tanto de las originariamente privadas que pasan a ser públicas al salir del predio de su nacimiento, como las siempre públicas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales.

Esta redacción legal nos obliga al estudio conjunto de los derechos de sus dueños sobre las aguas de dominio privado y de los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público.

A. *Las facultades dominicales sobre las aguas del dominio privado.* «La propiedad —dice el art. 348 del Código— es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.» Las limitaciones establecidas por las leyes en materia de aguas exceden a las que afectan a cualquier otra clase de

propiedad, por ello, apenas encontramos vestigios entre los derechos de los dueños de las de dominio privado, de aquellas facultades de que nos hablaban las escuelas clásicas, *ius utendi, fruendi, abutendi, disponendi et vindicandi*.

Las aguas que nacen continua o discontinuamente en predios de particulares, pertenecen al dueño del predio para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios —art. 5.º—; las aguas no aprovechadas y las que sobren de los aprovechamientos, saldrán del predio por su cauce natural y acostumbrado, sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban —art. 9.º—; cuando el dueño del predio donde brota un manantial natural no aprovecha más que una parte fraccionaria y determinada de sus aguas, continuará en épocas de disminución o empobrecimiento del manantial disfrutando la misma cantidad de agua absoluta —art. 10—; todos los derechos del dueño del predio se pierden una vez transcurridos veinte años de la promulgación de la Ley de 3 de agosto de 1866 si no las hubiera aprovechado y hubiera aprovechamientos inferiores de año y día de duración —art. 11—; y aunque las hubiese aprovechado, si interrumpe su uso durante año y día, pierde su derecho y lo adquieren los que durante igual espacio de tiempo las hubiesen utilizado —artículo 14—. El único derecho que conserva en todo caso el dueño del predio donde nacen las aguas, es a utilizarlas como fuerza motriz, o en otros usos que no produzcan merma apreciable en su caudal o alteración en la calidad de las aguas, perjudicial a los usos inferiormente establecidos —art. 14, párrafo segundo—.

En realidad, el derecho del dueño del predio en donde brota un manantial natural, no pasa de ser una preferencia especial para su uso o aprovechamiento, respetado por el legislador hasta el día 3 de agosto de 1886. Transcurrido ese plazo, se confunde con el derecho de los dueños de predios particulares para aprovechar eventualmente las aguas públicas de manantiales y arroyos. Por eso dice el art. 415 del Código: «El dominio del dueño de un predio sobre las aguas que nacen en él no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores.» El único derecho permanente y característico es el contenido en el párrafo segundo del artículo 14.

Estas limitaciones de las facultades del dueño que prácticamente las

anula la ley cuando no se han aprovechado las aguas, no quiere decir que transforme su naturaleza jurídica. Las aguas nacidas de dominio privado, siguen siéndolo continuamente mientras discurren por el predio de su nacimiento, aunque el dueño de éste no pueda usarlas por perjudicar con ello a otros aprovechamientos inferiores legítimamente adquiridos. Si alguien pretende utilizarlas en su predio tendrá que contar con su permiso y siempre le quedan los derechos del párrafo segundo del art. 14, como testimonio de la naturaleza privada de las aguas.

Estos propietarios, al no existir disposición que se lo prohíba, pueden realizar sobre las aguas de dominio privado toda clase de actos de administración y disposición, si bien reducidos en su contenido a las atribuciones que gocen sobre ellas. De pertinencia es el recordar el principio de derecho de que «Ningun ome non puede dar mas derecho a otro en alguna cosa de aquello que le pertenece en ella» (21).

En resumen: los dueños de los predios en los que nacen naturalmente aguas continuas o discontinuas, tuvieron un derecho de uso o aprovechamiento preferente, reservado hasta el día 3 de agosto de 1866, llegado ese día, y según veremos a continuación, su derecho, excepción hecha del contenido del art. 14 ya citado, se confunde con el que corresponde a cualquier propietario de un predio para aprovechar eventualmente las aguas de manantiales y arroyos.

*B. Los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público.*—Estos aprovechamientos definidos en el art. 6.º de la Ley como los que no emplean otro atajadizo más que de tierra y piedra suelta y el agua consumida por cada uno no excede de diez litros por segundo de tiempo, constituyen una modalidad especial dentro de nuestra legislación.

El Código, en su art. 409, dispone terminantemente: «El aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere: 1.º Por concesión administrativa. 2.º Por prescripción de veinte años.» La ley, dando una regulación más amplia, diferencia entre aprovechamientos comunes —artículos 126 a 146—, y aprovechamientos especiales —arts. 147 a 225—. Estos se adquieren por concesión administrativa o por disfrute sin oposición durante los mismos veinte años —arts. 147 y 149— (22). El propio ar-

(21) Part. 7.ª, tit. 34, regl. 11. (Ss. 9 dic. 1864 y 27 nov. 1866.)

(22) Como ejemplo de manera correcta de coordinar el Código con la Ley,

título 147, salva de la necesidad de la autorización o concesión administrativa a los aprovechamientos eventuales definidos en el art. 6.º, pensando, sin duda, en el poco consumo de agua que representan y la utilidad que prestan en regadíos de antiguo establecidos.

Son susceptibles de ellos tanto las aguas continuas y discontinuas nacidas en predios de dominio privado, cuando al salir de él ya son públicas a los efectos de la ley —art. 5.º, párrafo segundo—, como las aguas siempre de dominio público de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales «antes de su incorporación con el río» —artículos 6.º y 7.º núm. 1.º—. No lo son las aguas de los ríos, pero habrá que estimarlos posibles en las aguas de dominio público del grupo tercero (23).

El orden de preferencia se fija para aquéllas en el párrafo tercero del art. 10, y para éstas en los números 1.º y 2.º del art. 7.º, en todos los predios fronteros o laterales y de superior a inferior. Unos y otros deben ser respetados cuando se hayan anticipado en el aprovechamiento por tiempo de año y día, arts. 10, párrafo cuarto, y 7.º, párrafo tercero.

Cuando un aprovechamiento ininterrumpido cuenta la antigüedad de veinte años, pasa a ser indefinido, art. 8.º, y en tal caso su preferencia es indiscutible sobre cualesquiera otro de los eventuales (24).

---

debe señalarse ésta. No obstante la expresión terminante del art. 409, nadie ha pensado derogaba los aprovechamientos comunes ni los eventuales de las aguas públicas, y la contradicción con el art. 147 es evidente de no atender a otra consideración que la gramatical.

(23) Para la mejor inteligencia de los arts. 5.º al 11 y 14 de la Ley, conviene observar que los arts. 6.º, 7.º y 8.º, según ellos mismos expresan, conciernen a las aguas públicas del grupo segundo, las de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, mientras los restantes regulan el aprovechamiento de las aguas públicas que originariamente fueron privadas. De otra suerte no tendrían sentido las repeticiones contenidas en el art. 10, p. 3.º, respecto al art. 7.º, párrafos 1.º y 2.º, y del art. 10, p. 4.º, con relación al art. 7.º, p. 3.º; el supuesto del artículo 8.º sobre adquisición de aprovechamientos indefinidos, con los previstos en los arts. 11 y 14 sobre pérdida del derecho al aprovechamiento por transcurso de veinte años o interrupción de año y día. En tal sentido, la S. de 5 de junio de 1933: «El artículo 14 se refiere, sin duda alguna, a cierta clase de aprovechamientos por un tercero de las aguas que el dueño del predio particular en que nacen no aprovecha, o al remanente o sobrante de las por él aprovechadas, cual lo demuestra la cita que hace a los arts. 5.º y 10.»

(24) Ss. 27 enero 1879, 4 julio 1889, RR. DD. de competencia de 11 enero 1901, 25 abril 1908 y 23 abril de 1912. «Por disposición expresa de la Ley, el que durante veinte años hubiese disfrutado un aprovechamiento continuará disfrutándolo, y atribuido también por la misma Ley al conocimiento de los Tribunales ordinarios las cuestiones suscitadas entre particulares sobre preferencia del derecho de aprovechamiento de las aguas públicas.»

El Real Decreto de competencia de 5 de enero de 1880 estimó que la prescripción de que habla la Ley de Aguas se refiere a los derechos adquiridos respecto a las aguas públicas de los ríos, arroyos, ramblas, cañadas y otros, pero no a las que sirven de uso comunal de un pueblo, pues sobre las que abastecen una población ni sobre los demás bienes del común de los vecinos, puede alegarse con éxito la prescripción como título de derecho civil.

Compulsados los derechos atribuidos a los dueños de los predios en los que nace un manantial natural, a partir del día 3 de agosto de 1886, con los correspondientes a los dueños de los predios que atraviesan esas mismas aguas o son linderos a ellas al salir de aquél, con los de igual situación respecto a las de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, antes de su incorporación al río, se aprecia una completa identidad, salvo la excepción del párrafo segundo del art. 14 (25).

Por todo ello, no parece aventurado sostener: 1.º Los aprovechamientos eventuales regulados por la ley, se refieren a las aguas de dominio público, aunque los dueños de aguas corrientes de dominio privado tengan sobre ellas, salvo la excepción apuntada, idénticas facultades que los titulares de aprovechamientos eventuales de aguas públicas. 2.º Esta igualdad de facultades no afecta a la naturaleza jurídica de las aguas, por ser conceptos muy diferentes los de aprovechamiento y dominio. 3.º Los dueños de aguas de dominio privado, pueden realizar y otorgar toda clase de actos y contratos de administración y enajenación

---

(25) Sentencia civil de 27 enero 1928: «Los arts. 412 y 415 del mencionado Código civil determinan claramente que el dueño de los predios en que nacen los manantiales pueden aprovechar sus aguas mientras discurren por ellos, siempre que no perjudiquen los derechos que legítimamente hayen podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores.»

Sentencia contencioso 30 octubre 1930: «La condición jurídica de las aguas provenientes de un manantial o arroyo continuo o discontinuo nacido en predio privado, está clara y perfectamente definida en el art. 412 del Código civil al establecer que el dueño del predio puede aprovechar tales aguas mientras discurren por él, entendiéndose, conforme al mismo dicho artículo, que el aprovechamiento ha de ser en forma que los sobrantes, por tener la condición de públicos, sean aprovechados con sujeción a la Ley especial de Aguas; y como es un hecho fundamental que el Tribunal *a quo* recoge y afirma que el actor dejó de usar las aguas por mucho más tiempo de veinte años y por ello perdió el derecho a interrumpir los usos y aprovechamientos que de las mismas hicieron siempre los regantes y vecinos de M. sin que tan capital aseveración se desvirtúe por el recurso..., es indudable que la sentencia recurrida, al resolver cual lo hizo, se atemperó al citado art. 412 del C. c., en especial relación con el art. 11 de la Ley de Aguas.»

de los limitados derechos que sobre dichas aguas les corresponden, sin transmitir más de lo que sobre ellas tienen; y siendo siempre derechos privados, resulta contradictorio hablar de la concesión de aguas de dominio privado, lo que, como veremos más adelante, se viene haciendo con las nacidas en montes de propios.

V.—CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LAS AGUAS PÚBLICAS SEPARADAS DE SUS CAUCES NATURALES Y DE LAS NACIDAS EN MONTES DE PROPIOS.

En íntima conexión con el concepto de las aguas corrientes de dominio público y privado, se ha debatido ampliamente sobre la calificación de las aguas que, siendo públicas, se apartan de sus cauces naturales para discurrir por otros artificiales y sobre las nacidas en montes de Propios declarados de utilidad pública. Las resoluciones administrativas dictadas y las judiciales recaídas encierran contradicciones suficientes para merecer un examen crítico, al paso que ello nos permite contrastar la tesis que venimos manteniendo

A. *Aguas públicas separadas de sus cauces naturales.*—Parecía ser que habiéndose declarado en la exposición de motivos de la ley, «Por eso la Comisión no repúta jamás a los concesionarios de aguas públicas como verdaderos dueños de éstas; ni aun después de separadas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios, limitados al objeto para que se les concedieron», y más tarde, «que la concesión para un aprovechamiento determinado no hace perder a las aguas su calidad de públicas», y no previéndose en la ley ni en el Código civil el supuesto de que las aguas públicas pudieran perder esta condición y entrar en la de privadas, nunca pudiera plantearse semejante cuestión. Pero la legislación de Aguas se informa en un criterio muy avanzado sobre el individualista dominante en la época de su promulgación y de los años posteriores, de ahí que no deba extrañarnos el afán de sus intérpretes de examinarla bajo el prisma de las instituciones de Derecho civil, con preferencia sobre los principios específicos de la legislación especial.

La resolución de 22 de febrero de 1869 sentó el criterio de que las aguas de un riego procedentes de presas hechas en los ríos y que no discurren por sus cauces naturales, no tienen el carácter de públicas;

las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1892, 27 de mayo de 1896 y 20 de mayo de 1921, juntamente con los Reales Decretos de competencia de 10 de marzo de 1900, 29 de julio de 1909, 30 de junio de 1913 y 2 de octubre de 1922, abundan en la misma opinión (26), igual doctrina se sostiene aun perteneciendo los cauces artificiales a Comunidades de regantes, en las sentencias de 30 de septiembre de 1896, 10 de junio de 1921 y 18 de diciembre de 1930, y en el Real Decreto de 1 de marzo de 1909 (27).

(26) S. 27-12-1892: «Las aguas que después de salir de un río corren por un cauce o acequia de propiedad particular y no discurren por su cauce natural, pierden su carácter de públicas para convertirse en privadas.» S. 27-5-1896: «Si bien es cierto que, con arreglo a los arts. 4, 34, 98, 99 y 126 y sus concordantes de la ley de Aguas, son del dominio público las de los ríos y los cauces o álveos por donde naturalmente discurren, también lo es que, por el contrario, una vez apartadas esas mismas aguas artificialmente de su curso natural, se consideran igualmente que el cauce, los cajeros y las márgenes del acueducto que las conduce, como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas, y, por lo tanto, de propiedad particular.» S. 20-5-1921: «Las aguas que discurren por canales y acequias de propiedad particular tienen indiscutiblemente la calificación jurídica de aguas de dominio privado, a tenor de lo dispuesto en el art. 98 de la ley de Aguas y el 408 del Código civil.» En igual sentido, los Rs. Ds. de 29-7-1909 y 2-10-1922. El R. D. de 30-6-1913 reproduce la doctrina de la sentencia de 27-5-1896.

(27) S. 30-9-1896: «Que las aguas de A., de cuya concesión se trata, discurren por la acequia del mismo nombre, destinada de antemano a usos de común aprovechamiento y de interés privado de la Comunidad de regantes constituida por los pueblos de..., por lo cual es notorio que dichas aguas no tienen el carácter de públicas, no sólo porque no se hallan comprendidas entre las que en ese concepto enumeran los arts. 2.º y 4.º de la ley de Aguas y el art. 407 del Código civil, sino porque tanto el art. 408 de este Código, como el 98 de la ley de Aguas, determinan con toda claridad el concepto de aguas privadas que tienen las que discurren por las acequias, al prescribir, en consecuencia de lo establecido en la legislación anterior, que en toda acequia el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas.»

S. 10-6-1921: «Aunque las aguas procedan de un arroyo, tienen el carácter de privadas cuando son apartadas artificialmente de su cauce natural y discurren por los que pertenecen a la Comunidad de regantes, destinándose a usos de común aprovechamiento y de interés privado de ella.» S. 18-12-1930: «Que esas aguas, por cuanto están apartadas de su cauce natural (que es el río Jalón), se contienen en un azud y discurren por acequia de dominio particular, y se destinan a usos de común aprovechamiento de intereses privados, tienen el carácter de privadas a tenor de los arts. 408 del Código civil y 98 de la ley de Aguas.»

R. D. 1-3-1909: «Que la contienda se refiere a la posesión de aguas que tienen el carácter de privadas, toda vez que, aun cuando proceden del arroyo llamado del Toril, son apartadas artificialmente de su cauce natural y discurren por el de la Comunidad de regantes; y si bien... se observa que el riego de la patata a que se refiere el interdicto no ha podido hacerse utilizando el agua que discurre por la acequia general de los pagos, y en dicho arroyo da principio otro que, según asegura el demandante, fué construido por él para poder conducir las aguas a fin de efectuar el mencionado riego, tal estado de cosas no afecta al carácter

De opinión totalmente contraria fué ya la Real Orden de 13 de abril de 1881 (28), y después, las sentencias de 22 de noviembre de 1889 y 18 de enero de 1919, así como las Competencias resueltas por Reales Disposiciones de 8 de febrero de 1898 y 10 de octubre de 1918, y el Decreto de 28 de junio de 1947 (29). Mención especial merece por la importancia de su contenido y sistema interpretativo, la sentencia de la Sala Primera de 5 de mayo de 1943; aun adaptada al caso que resuelve contiene afirmaciones generales del mayor interés: asciende hasta la exposición de motivos de la ley para buscar el verdadero sentido de sus preceptos, los armoniza ponderativamente con los del Código civil, y resalta la diferencia, tan señalada en esta legislación especial, entre do-

---

privado de las aguas de cuya posesión se trata, ya por ser también de propiedad particular ese cauce, ya por su influencia en la toma de la Comunidad.»

(28) R. O. 13-4-1881: «Que las aguas derivadas de un río para el movimiento de un establecimiento industrial no pierden el carácter de públicas, y que desde el punto de derivación en el río hasta aquel en que salen del artefacto, después de haber cumplido el objeto a que se destinan, pertenecen en cuanto a su aprovechamiento al usufructuario exclusivamente, quien puede utilizarlas en la forma conveniente y sujetándose a las leyes. Que tan pronto como las aguas han desempeñado el servicio para que fueron concedidas, la Administración recobra todas sus facultades para disponer de ellas, y puede, por tanto, dentro de los términos legales, ordenar lo conveniente para la más inmediata incorporación al río de que procedan, fijar el punto de desagüe y concederlas antes o después del mismo para otro aprovechamiento compatible con el primero.»

S. 22-11-1889: «Las aguas de los ríos son de dominio público, así como sus cauces, en cuyo concepto las que no han dejado de formar parte del río N. no pueden estimarse de dominio privado, aunque corran por otro cauce abierto naturalmente por el río en terrenos de dominio privado, según el texto expreso de la Ley, a menos que en este último caso, que ya por obra de la naturaleza, ya por virtud de trabajos al efecto, quede nuevamente en seco el terreno por donde se abrió el nuevo cauce.»

S. 18-1-1919: «Si bien es cierto que las aguas de referencia se toman de la mencionada acequia, también lo es indiscutiblemente que proceden del río T., por lo que no pueden menos de reputarse públicas, si se atiende a que por ser tomadas de dicho río participan del carácter que éste tiene, siendo todavía más patente su carácter de públicas si se considera la imposibilidad de comprenderlas en ninguna de las diferentes clasificaciones que, como aguas de dominio privado, enumera el C. civil.»

(29) R. D. 8-11-1898: «Que las expresadas aguas no pueden menos de reputarse públicas, tanto si se atiende a que por ser tomadas directamente del O. participan del carácter que tienen las de este río, como si se tiene en cuenta que, aun en el supuesto de que por apartarse de él no estuviesen comprendidas en la disposición que clasifica a los ríos como de dominio público, le sería aplicable la que atribuye esta condición a las que nacen continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salen de dichos predios...; siendo todavía más patente su carácter de públicas si se considera la imposibilidad de comprenderlas en ninguna de las diferentes clasificaciones que como aguas de dominio privado enumera el C. civil.»

miujo y aprovechamiento y entre agua y cauce. Por muy elemental que ello parezca es la primera vez que se declara tan abiertamente (30).

A nuestro parecer, las aguas públicas que se derivan de sus cauces naturales y entran en otros artificiales construidos siguen siendo públicas. Tanto si se derivan a título de concesión o de prescripción adquisitiva; si el titular es un particular o una Comunidad de regantes; y si el destino del agua es su consumo total o parcial en riegos o abastecimiento o sólo se usa para producción de energía eléctrica o fuerza motriz.

Toda la argumentación en contrario carece de consistencia. Ni el número 5.º, del art. 408 del Código civil, ni los arts. 98 y 166 de la

R. D. 10-10-1918: Igual criterio sobre aguas tomadas de una presa de otro aprovechamiento sita en el cauce del río.

R. D. 28-6-1947: «Aunque no sea preciso decidir acerca del carácter público de las aguas en este caso, que no parece discutida la propiedad ni la posesión de las mismas, sino sólo el trazado del cauce que ha de llevar a los regantes de un pueblo en los días en que esas aguas les corresponden, puede hacerse notar que a la calificación de las tomadas del río J., pueden ser aplicados los razonamientos del R. D. de 8 de febrero de 1898 para atribuirles carácter público en relación con el art. 407 del Código civil, atendiendo a las circunstancias, que han de darse en las aguas tomadas de un río, de proceder del mismo y nacer en terrenos de dominio público y si han nacido de predios particulares haber salido ya de ellos; sin que los regantes ... aparezcan con claridad como titulares de un derecho privado sobre las aguas que puedan vender o permutar como propiedad particular.»

(30) S. 5-5-1943: «1.º Que si bien no debe darse a la norma contenida en el art. 4.º, núm. 3.º de la ley de Aguas de 13 de junio de 1879, y art. 407, núm. 1.º del Código civil, el sentido y alcance de que, en absoluto, todas las aguas derivadas de los ríos sean de dominio público, mucho menos puede ser patrocinada la tesis arbitraria, que el recurso parece propugnar, de que las aguas procedentes de los ríos, mientras se encuentran apartadas de éste en virtud de concesión hecha por el Estado, pierden su carácter de públicas y adquieren la condición de aguas privadas en favor de los dueños de los predios por los cuales discurren, pues el sostenerlo así equivale a desconocer y conculcar el sistema en que nuestra legislación de aguas se inspira, basado en la distinción que luminosamente pone de relieve la exposición de motivos de la citada ley de 1879, entre dominio y aprovechamiento de las aguas, así como la que existe entre el uso de las aguas públicas (que se muestra en los llamados aprovechamientos comunes) y el aprovechamiento propiamente dicho (encarnado en los aprovechamientos especiales), de las cuales discriminaciones es consecuencia clara que la concesión para un aprovechamiento determinado que otorga al concesionario, no la subsistencia, sino la fuerza del agua, no puede hacer perder a las aguas su calidad de públicas, ni mucho menos puede convertirlas en propiedad privada perteneciente a los dueños de los predios por los que dichas aguas atraviesan...»

2.º ... que el núm. 5.º del art. 408, del Código civil... y que hay que concordar con los arts. 28, 29, 32 y 33 de la aludida ley de Aguas, hace referencia, no al dominio privado de las aguas, sino de los cauces de las pluviales y de los arroyos que atraviesan fincas que no sean de dominio público, lo que le hace inaplicable a las aguas que son objeto de este pleito... las cuales aguas... no son pluviales ni de un arroyo, sino del río Nalón.»

ley admiten la pretendida interpretación de contradecir y triunfar sobre la definición de aguas públicas del art. 407 del Código y 4.º de la ley; aquéllos no representan el antecedente del derecho patrio como sostenía la S. de 30 de septiembre de 1896 y localizan en la Ley 8.ª, tít. XXVIII, y Ley 18, tít. XXXII, de la Partida 3.ª (31); ni cabe afirmar que cuando las aguas han sido separadas de sus cauces naturales no pueden figurar en ninguna de las enumeraciones de aguas públicas contenidas en la legislación, ya que según sostienen el R. D. de 8 de febrero de 1898 y la sentencia de 8 de enero de 1919, tampoco hay posibilidad de comprenderlas en ninguna de las clasificaciones sobre aguas privadas, y en realidad tratándose de las mismas aguas sólo en situación diferente, la Ley no tenía por qué incluirlas ni en una ni en otra enumeración.

Cuando el párrafo primero del núm. 5.º del art. 408 del Código nos dice: «Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público», no se refiere a otra cosa que a los cauces, de ahí el valor interpretativo de la sentencia de 5 de mayo de 1943 al concordarlo con los arts. 28, 29, 32 y 33 de la ley, de los cuales es fiel trasunto y con relación a los cauces, nunca a las aguas. Al agregar en su párrafo segundo: «En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas las aguas. Los dueños de los predios, por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o

---

(31) Ley 8.ª, tít. XXVIII, Partida 3.ª: «Molino nin canal nin casa nin torre nin cabaña nin otro edificio ninguno, non puede ninguno ome facer nuevamente en los rios por los cuales los omes andan con sus navios, nin en las riberas dellos, porque se embargase el uso comunal dellos. E si alguno lo ficiese de nuevo o fuese fecho antiguamente de que viniese daño al uso comunal debe ser derribado. Ca non seria cosa guisada que el pro de todos los omes comunalmente se estorbase por la pro de algunos.»

Ley 18, tít. XXXII, Partida 3.ª: «Molino aviendo algun ome en que se ficiese fariaña, o aceña para pisar paños: si alguno quisiese facer otro molino, o aceña en aquella misma agua acerca de aquel puedelo facer en su heredad, o en suelo que sea del término del Rey con otorgamiento del, o de los del común del concejo cuyo es el lugar de lo quisiese facer. Pero debe esto ser fecho de manera que el corrimiento del agua no se embargue al otro; mas que la haya libremente según que era antes acostumbrada a correr, e faciendolo de esta guisa non lo puede el otro defender nin embargar que lo non faga inaguer diga que el su molino valdría menos de renta por razón desto que ficiessen nuevamente. Eso mismo deben facer del forno que ficiessen nuevamente.»

márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamen», transcribe literalmente el art. 98 de la ley, más todo el contenido con palabras muy semejantes del párrafo segundo del art. 99, ambos referentes a la servidumbre de acueducto y normativos, como los anteriores y posteriores, de las relaciones entre los predios sirviente y dominante, sin que estas relaciones entre partes tengan virtualidad para modificar la naturaleza jurídica de las aguas públicas. Por último el art. 166 de la ley encuadrado en la sección que trata del aprovechamiento de las *aguas públicas* para el abastecimiento de poblaciones, sí reúne un ejemplo de la impropiedad terminológica de los reformadores de 1879, cuando nos habla de «cuyo caudal tenga propietario o propietarios» con referencia a las aguas de un río; su antecedente, el art. 213 de la Ley de 1866 (32), empleaba la expresión «los que disfruten tales aprovechamientos», único derecho susceptible de poseer en la corriente del río; pero la modificación establecida no va dirigida al cambio de esos términos y sí a obligar al pago de indemnización en todos los casos de expropiación, como se aprecia relacionándolo con el 168 y ambos con sus precedentes de la Ley de 1866, y todo ello, con la Constitución y la Ley de Expropiación Forzosa de 30 de junio de 1876 y 10 de enero de 1879, entonces de tanta actualidad.

En consecuencia de todo ello llegamos al convencimiento de que frente a las terminantes manifestaciones de la exposición de motivos y la clara expresión de los arts. 407 del Código civil y el 4.º de la Ley, no pueden prevalecer ni el núm. 5.º del art. 408 de aquél, ni los arts. 98 y 166 de ésta, que, además de no ser contradictorios con aquéllos, nunca pudieron tener la pretensión de normar la naturaleza de las aguas, limitándose a disponer lo pertinente sobre cauces, relaciones entre partes en

---

(32) Ley de 1866: «Art. 213. Cuando el agua que para el abastecimiento de una población se tome inmediatamente de un río no exceda de la vigésima parte de la destinada a aprovechamientos inferiores, no habrá lugar a indemnización, sino que todos los que disfruten de tales aprovechamientos se someterán a la disminución que a proporción les corresponda. En los demás casos deberá indemnizarse a aquellos a quienes se prive de aprovechamientos legítimamente adquiridos.

Art. 215. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá el Gobernador de la provincia en épocas de extraordinaria sequía, y oído el Consejo provincial, acordar la expropiación temporal del agua necesaria para el abastecimiento de un población previa la correspondiente indemnización en el caso de que el agua fuese de dominio particular.»

la servidumbre de acueducto y formas de idemnización en expropiaciones forzosas o ocupaciones temporales de aprovechamientos de aguas.

No encontramos diferencia en que las aguas apartadas del cauce natural lo sean a título de concesión o por prescripción; en cambio, sí la hay en cuanto a la jurisdicción competente para entender de los derechos de unos y otros. Tanto el art. 409 del Código civil como el 149 de la ley, no regulan otra adquisición que la de las aguas públicas. Cuando se trate de aguas privadas la prescripción habrá de fundarse, como la de otro bien inmueble cualquiera en el art. 1.957 del Código, y carece de especialidad; en cambio, la prescripción de las aguas de dominio público sólo es factible respecto a los aprovechamientos del agua pero nunca del agua misma, así el derecho que se adquiere es el mismo que a título de concesión. No sólo por expresarlo la exposición de motivos precisamente al hablar de las disposiciones generales sobre la concesión de aprovechamientos especiales de las aguas públicas (33), si que también por mantener igual criterio toda la legislación posterior, que no admite otra prescripción que del aprovechamiento, ni se puede adquirir otro derecho que a la posesión, nunca al dominio del agua. Así, el Real Decreto de 12 de abril de 1901 creando los Registros de aprovechamientos de aguas públicas; R. O. de 12 de marzo de 1902 aprobando las Instrucciones para la inscripción de aprovechamientos (34); la R. O. de 2 de enero de 1906, exigiendo que las informaciones para acreditar la

---

(33) La índole de estos aprovechamientos exige que se obtengan por autorización del Poder público. Este es el principio general sentado por la Comisión con muy pocas excepciones. Mas esta autorización, ¿deberá ser siempre expresa o podrá admitirse la tácita o presunta?... Hay, pues, siempre que admitir una prescripción, sin título originario de concesión, fundada en la mera posesión, y la cuestión queda reducida a si se ha de exigir para ésta el transcurso de un tiempo más o menos largo. La Comisión ha creído suficiente el de la prescripción de cosas inmuebles entre ausentes... *equivale a una concesión tácita*, y la Comisión entiende *debe dársele fuerza de tal*, so pena de mantener la legitimidad de los aprovechamientos, tanto más incierta cuanto mayor fuere el número de años que se exigiera para su prescripción.»

(34) «2.ª El art. 409 del Código civil dispone que se adquiere el derecho *al aprovechamiento* de las aguas públicas por prescripción de veinte años. En consecuencia, deberán inscribirse los aprovechamientos que se justifique vienen utilizándose veinte o más años, no a partir de determinada fecha, sino a contar de cualquiera. Para justificar ese período, a falta de otros documentos fehacientes, deberá el peticionario presentar información posesoria en la forma que determinan las disposiciones vigentes.

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

Por esta razón, y según el R. D.-Ley de 7 de enero de 1927, en estas inscrip-

posesión de los aprovechamientos deberán llenar todos los requisitos y formalidades señaladas en la Ley Hipotecaria para las informaciones posesorias; el art. 3.º del R. D. de 5 de septiembre de 1918, reiterado en su correlativo del R. D.-Ley de 7 de enero de 1927 convirtiendo en obligatoria la inscripción de estos aprovechamientos; y, por último, el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, en sus arts. 69 y 70, sobre inscripción de aprovechamientos, que cuando sean adquiridos por prescripción, se suplirá la anterior información posesoria por una acta notarial, extendida con arreglo a lo que el propio artículo prescribe con relación a la prescripción del aprovechamiento no del derecho de dominio. En resumen: a través de la prescripción adquisitiva se adquiere un título de igual contenido al de la concesión, siquiera aquél sea civil y éste administrativo y ello influya decisivamente en la jurisdicción competente para entender sobre sus respectivas preferencias, los Tribunales ordinarios para aquél, art. 255, núm. 2.º, y la Jurisdicción contencioso-administrativa para éstos, art. 253, núm. 2.º, como con acierto han precisado las sentencias de 25 de septiembre de 1911, 7 de febrero de 1919 y 8 de enero de 1929 y el R. D. de competencia de 15 de diciembre de 1928 (35).

---

ciones deberá preceder un informe del Ingeniero del Servicio que fije en él las características y el caudal señalados en el art. 152 de la ley.»

(35) S. 25-9-1911: «Que como consecuencia de ello, la ley y la jurisprudencia niegan la vía contenciosa a todos los que, al reclamar contra una concesión de aguas, lo hacen fundándose en que las concedidas le pertenecen, por ser de su propiedad particular, a virtud de derechos civiles, o que las tienen con arreglo al C. c. y al art. 149 de aquella Ley... que aunque es cierto que así el art. 190 de la Ley como los correspondientes de la Instrucción de 14 de julio de 1883, previene que cuando existen aprovechamientos anteriores, sin distinguir si emanaron de la Administración, se ganaron por el uso de veinte años o se adquirieron a título civil, deben ser respetados y puestos a salvo... es cierto que en estos dos últimos casos el logro de aquel propósito de la Ley no está amparado por el recurso contencioso administrativo» (y tras razonar sobre los esfuerzos del recurrente para forzar la interpretación del art. 253 y acudir a la jurisdicción cuando se concedan como públicas aguas que no lo sean, agrega): «Que aquel natural propósito que por camino equivocado suelen perseguir los que se creen lastimados por las concesiones de aguas que la Administración otorga, puede ser fácilmente logrado por senda recta y legal, sin más que ajustarse a las disposiciones contenidas en el R. D. de 12 de abril de 1901 y R. O. de 12 de marzo de 1902, dictadas para conseguir el fin que señala el art. 190 de la ley».

Claro que esta sentencia no tiene en cuenta que en dichos registros de aprovechamientos sólo tienen acceso los de aguas públicas.

S. 8-1-1929: «Si en el pleito se hubiera alegado y probado que el aprovechamiento de que se trata había sido inscrito en el mencionado Registro, ciertamente que no hubiera podido dictarse esta resolución, pues en su lugar habría

Por tanto, siendo títulos de igual contenido la concesión administrativa y la prescripción adquisitiva, la misma influencia tienen sobre las aguas que, al ser aprovechadas, se apartan de sus cauces naturales, y reconocido en cuanto a los aprovechamientos objeto de concesión, que el agua utilizada nunca pasa al dominio del concesionario por ser sus facultades más limitadas; pensamos que no hacer idéntico reconocimiento sobre el agua aprovechada a título de prescripción, es confundir la naturaleza civil del título y del derecho con el contenido de éste, que, por ser sólo al aprovechamiento, es también limitado, muy diferente del dominio, e insuficiente para cambiar la naturaleza de las aguas públicas que se desvían del cauce que las contenía.

Si ha sido posible estimar aguas de dominio privado las aprovechadas por los particulares una vez apartadas de sus cauces, por la serie de confusiones que venimos examinando, es incomprensible se haya admitido igual supuesto cuando las aguas son disfrutadas por una Comunidad de regantes, ya que su propia existencia se deriva del carácter de las aguas como de dominio público. Los regantes con aguas privadas podrán constituirse en sociedad civil o mercantil, pero nunca en Comunidad. El art. 228 de la ley, ordena: «En los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, se formará necesariamente una Comunidad de regantes sujeta al régimen de sus ordenanzas»; la Instrucción para formar y tramitar las Ordenanzas y Reglamentos de las Comunidades aprobada por R. O. de 25 de junio de 1884, prescribe en su artículo 1.º «Toda colectividad que aproveche para riegos aguas procedentes o derivadas de *manantiales o corrientes públicas* que hasta la promulgación de la Ley de Aguas no haya tenido un régimen especial consignado en sus Ordenanzas, se constituirá necesariamente en comunidad de regantes...» Y como ni en la Ley ni en disposición alguna se admite la posibilidad de existencia de comunidades de regantes que aprovechen aguas de dominio privado, debe considerarse la inconsecuencia de calificar como privadas las públicas derivadas de su curso

---

sido preciso declarar la incompetencia de los Tribunales ordinarios para conocer del asunto, como lo proclamó la Sala 3.ª de este Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 1911.»

S. 7-2-1919: «Son de orden civil las cuestiones a que da lugar la distribución de aguas por acequias, siendo incompetentes los Gobernadores para conocer de ellas.»

R. D. 15-23-1928: «Que invocándose un título civil como la prescripción de veinte años, las cuestiones sobre dominio se deciden por los Tribunales ordinarios.»

para su aprovechamiento por estas Comunidades que, además, por su constitución, regimén especial y subordinación a otros organismos administrativos, son personas jurídicas típicamente administrativas.

Por último, el contenido de cada aprovechamiento no puede desnaturalizarlo al punto de convertirlo en derecho de dominio. Si respecto a los que no consumen el agua se ve claro por cuanto vuelve a ser utilizada por otros, el que no se observe con igual nitidez en otros casos es mera culpa del observador. Si el dominio implica plena facultad de disposición, no lo tiene sobre el agua quien la adquiere por prescripción para el riego de unas tierras, ya que si quiere destinarla a otros usos, por ejemplo, la fuerza motriz, no puede hacerlo sin previa autorización administrativa o nueva prescripción por otros veinte años, como tampoco puede extender el regadío a nuevas tierras aun con el mismo caudal. «La Administración —decía la sentencia de 26 de noviembre de 1918— debe respetar el estado posesorio de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos en virtud de prescripción legal que autoriza el art. 149 para el caso de su disfrute sin oposición durante veinte años, también lo es que, para que así tenga lugar, se precisa que los interesados hayan probado su derecho en expediente gubernativo.» Es decir, que se pruebe este derecho ante la Administración y se inscriba en los Registros de aprovechamientos, y una vez verificada la inscripción, para introducir cualquier variación en el aprovechamiento habrá que solicitarlo de quien autorizó esa inscripción (arts. 3.º de los Reales Decretos de 5 de septiembre de 1918 y 7 de enero de 1927). Cuando la modificación se pretende con anterioridad a la inscripción del aprovechamiento, la Administración puede impedirlo con base en los artículos 147 y 226 de la ley, según declaró el R. D. de competencia de 3 de enero de 1901 (36).

---

(36) Modificado el caño de derivación de aguas del río Suarón, haciéndolo pasar por un puente, el Ayuntamiento acordó se repusieran las cosas al ser y estado que antes tenían. Interpuesta demanda ordinaria alegando la propiedad sin cargas de la finca y el molino, se promueve competencia y declara el R. D. de 3 de enero de 1901:

«Que por efecto de la presentación de dicha demanda, el Juzgado de C. proveyó suspender un acuerdo municipal que obligaba a F. T. a reponer determinado estado de cosas que había alterado el aprovechamiento de aguas del río S..., cuyo acuerdo del Ayuntamiento de V. está dentro de sus atribuciones en los dos extremos que comprende de alteración de servicio de aguas y tránsito público.

Que presentada la cuestión de este modo, como corresponde y sin necesidad de

Así, pues, en este caso, como en tantos otros, habremos de reconocer la verdad de las palabras de la exposición de motivos. Los concesionarios de aguas públicas no pueden reputarse jamás como verdaderos dueños de ellas, ni aun después de apartadas de sus cauces; son meros usuarios. Y como el derecho que se adquiere por prescripción no sobrepasa en facultades a los que otorga la concesión, ni una ni otra hace perder al agua su calidad de pública.

B. *Las aguas nacidas en montes de propios*.—Excepcional interés ofrece al curioso la concatenación de disposiciones administrativas, en torno a las aguas nacidas en montes de propios de los pueblos incluidos en el catálogo de los de utilidad pública. Una R. O. dejando sin efecto lo dispuesto en el Código civil, la Ley de Aguas y varios Reales Decretos; una simple Orden de Dirección General que so pretexto de deslinde de aguas para la pesca en los ríos, contiene disposiciones substantivas y modificadoras de su propia Ley, el Código y la de Aguas; aguas tan netamente públicas como las de los pantanos y canales construídos por el Estado que se incluyen entre las de dominio privado; y, por último, unas Instrucciones para cumplimiento de un Reglamento de Hacienda Municipal que construyen la singular figura de la concesión de aguas de dominio privado, es algo tan único e incomprensible para el jurista, que merece una exposición detenida, y nuestro mejor deseo de que semejante estado, tan anormal, desaparezca lo antes posible en beneficio de todos y para mejor ordenamiento de la Administración pública.

Si durante algunos dccenios, y en especial los que siguieron a las leyes desamortizadoras, fué grande la polémica en torno a la calificación de los montes Comunes y de Propios, hace tiempo que tales conceptos se hallan perfectamente delimitados. Hoy, con las Bases 19 y 47 de la Ley de 17 de julio de 1945, podemos definir los montes de Propios como los que siendo de la propiedad del Municipio o la Provincia no están destinados a la realización de ningún servicio y pueden constituir

---

determinar concretamente la clase de derechos que pueden ir unidos a la propiedad de la finca del Sr. T., es lo cierto que por éste, a lo menos, se modificaron en sus manifestaciones estos derechos, y que esta modificación no podía hacerse sin autorización administrativa, según con toda claridad se desprende de los textos legales citados en los vistos.

Eran los arts. 147 y 226 de la ley de Aguas.

fuente de ingresos para los erarios municipal o provincial. Estos montes son de utilidad pública cuando reúnen las condiciones señaladas en el art. 1.º del R. D. de 20 de septiembre de 1896 y figuran incluidos en el Catálogo de los de esa clase.

Con un proceso inverso al concepto sobre estos montes, a la publicación de la Ley de Aguas y mucho tiempo después, no se establece ninguna especialidad sobre las aguas en ellos nacidas. Hay que llegar a la creación de las Divisiones de trabajos hidráulicos por R. D. de 11 de mayo de 1900 y de los Servicios hidrológico-forestales por el de 7 de junio de 1901, para que se inicie una rivalidad entre distintos organismos administrativos. Hasta entonces la Administración, que siempre debe ser única, lo fué también con relación a estas aguas; a partir de entonces, la rivalidad se hace notoria y persiste hasta nuestros días. Veámoslo.

En 10 de octubre de 1902 se publicó un Real Decreto por el que se regulaban los requisitos necesarios para otorgar autorizaciones a la ocupación de terrenos forestales; de él hay que transcribir los artículos 6.º, 7.º y 8.º. Decían así: 6.º «Del propio modo, cuando por consecuencia de una solicitud o proyecto de concesión de aguas, minas u otra cualesquiera, se derivase igual necesidad de ocupar terrenos o establecer servidumbres, se pondrá el caso en conocimiento del Ingeniero Jefe de Montes del Distrito para tal efecto y no se otorgará concesión alguna que de cualquier modo afecte a la integridad de un monte público o al disfrute ordenado y regular de sus productos sin haber antes obtenido, la autorización superior.» 7.º «Las autorizaciones de este género directamente solicitadas a instancia de parte y debidamente ilustradas con memorias y planos se dirigirán a los ingenieros jefes de los Distritos forestales; deberán tener por objeto empresas, obras o servicios de índole e importancia suficiente para ser declarados de utilidad pública por el Centro administrativo competente, y sólo se tramitarán mediante tal declaración o a reserva de obtenerla en un plazo prudencial.» 8.º «En cualquiera de los casos expresados en los artículos anteriores, los ingenieros Jefes comenzarán por consultar la voluntad de los dueños del monte, si son pueblos o establecimientos públicos; harán, previo reconocimiento del terreno, el estudio del proyecto y de la ocupación o servidumbre solicitadas desde el punto de vista de su compatibilidad o incompatibilidad con el monte y con su ordenado aprovechamiento

en el presente y en el porvenir; examinarán la absoluta necesidad de lo solicitado, sin sustitución conveniente dentro del monte; determinarán la extensión puramente indispensable a que se ha de contraer; especificarán todos los conceptos de daños y perjuicios que con la ocupación o servidumbre se producirán, y que, valorados ulteriormente, ha de justificar el precio de la ocupación o servidumbre; y propondrán, para el caso en que la autorización se conceda, las condiciones con que se ha de otorgar y las reglas especiales a que en su ejercicio se habrá de sujetar. Estas condiciones y reglas para cada caso, aparte las generales de policía, se encaminarán a prevenir en lo posible toda clase de daños eventuales, a mantener las comunicaciones y a no perjudicar la repoblación forestal e ictícola.»

Como se observa, este R. D. contenía disposiciones justas y razonables en cuanto exigía una intervención de los Distritos forestales para conceder autorizaciones para ocupación de terrenos de los montes, con destino al establecimiento de aprovechamientos de aguas o de servidumbres de igual naturaleza. La tutela que ejerce el Ramo de Montes sobre estas propiedades se mantenía íntegramente con relación a los aprovechamientos de aguas. La autorización del Distrito equivalía a la autorización del dueño, en los casos de los arts. 80, 84, 104, 110, 120, 189, 218 y otros de la Ley. En cambio, contradecía la Ley por cuanto en ella las servidumbres, como la de acueducto, son simultáneas o posteriores a la concesión del aprovechamiento, y pueden autorizarse, además de para empresas de interés público que lleven implícita la expropiación forzosa, para las de interés privado. Con base en estas contradicciones, se dictó el R. D. de 21 de enero de 1905, derogando pura y simplemente los arts. 6.º y 7.º del anteriormente citado de 10 de octubre de 1902.

Así las cosas, aparece en la «Gaceta» de 10 de enero de 1906 una R. O. de 27 de diciembre anterior aclarando el R. D. derogatorio de 21 de enero, en el sentido de que al derogar sus arts. 6.º y 7.º, «no se han introducido otras variaciones que la de no ser previo al otorgamiento de concesiones el expediente de autorización por la Administración forestal, sino posterior y cuando llegue el momento de la ocupación; que en lo demás debía procederse conforme a lo mandado en el R. D. de 1902, «especialmente en su art. 8.º, que señala toda la intervención de los ingenieros de Montes»; que, del propio modo, no puede

exigirse la declaración de utilidad pública tratándose de concesiones de aguas, lo cual no obsta para que los ingenieros de Montes usen de los derechos que a todos concede la legislación de Aguas. Esta R. O. contraviene sensiblemente el R. D. de 1905, pues aunque limite la intervención de los ingenieros de Montes a período posterior de los expedientes de concesión, obliga al cumplimiento de los requisitos del artículo 8.º del R. D. de 1902, los cuales, como expresamente dice dicho artículo, eran complementarios de los arts. 6.º y 7.º que habían sido derogados.

Como vamos viendo, hasta esta fecha la rivalidad se mantenía en orden a la competencia, pero con respeto absoluto a la Ley y al Código civil. Este respeto desaparece diez días después, cuando en la «Gaceta» del día 18 se publica la R. O. de 8 de enero de 1906, dictada de acuerdo con lo propuesto por la Dirección General de Agricultura, Industria y Comercio. Precisa transcribirla en parte, y era del siguiente tenor: «1.º Que el uso y aprovechamiento de las aguas que nacen de monte público, mientras por ellos discurren, se regirán con arreglo a los preceptos de la Ley de Aguas; *pero teniendo presente que dichos terrenos son de propiedad privada.* 3.º Que los gobernadores, en los expedientes que se instruyan con motivo de peticiones de aguas, deben cuidar se exprese con precisión y claridad la propiedad de los terrenos en que se hallan, y cuando resulte que éstos son montes del Estado, de los pueblos o de establecimientos públicos, *deberán abstenerse de intervenir en la concesión,* pasando lo actuado a la Jefatura del distrito forestal correspondiente. 5.º Que el gobierno y administración de los montes públicos declarados de interés general, sean propiedad del Estado, de los pueblos o establecimientos públicos, corresponde al Cuerpo de Ingenieros de Montes, bajo la dirección del Ministerio de Fomento, y, por lo tanto, *nada puede efectuarse en los indicados predios sin la previa autorización de los que los administran.*»

De esta manera la Dirección General indicada se atribuye una competencia que le era ajena, ya que entonces, conforme a la reorganización de Ministerio por R. O. de 10 de octubre de 1902, correspondía a la Dirección General de Obras Públicas, sección novena, todo lo referente a las aguas, a través de la cual el Ministerio de Fomento podía en uso de las facultades conferidas por el art. 248 de la Ley, como encargado de su aplicación y ejecución, dictar los reglamentos e ins-

trucciones necesarios al efecto. Así, pues, nace esta R. O. carente de competencia.

Su doctrina contradice, sin argumentación alguna, el principio general tan razonadamente defendido en la exposición de motivos de la Ley, que todas las corrientes de aguas naturales son de dominio público; contraviene los arts. 339 y 407 del Código civil y 4.º de la Ley de Aguas, declarando de dominio público los ríos, torrentes y sus cauces naturales, las aguas continuas y discontinuas de manantiales y arroyos y las que continua o discontinuamente nacen en terrenos del mismo dominio público; tomando como único elemento diferenciador el número 1.º del art. 408 del Código, no admite siquiera que esas aguas nacidas de dominio privado, por no haber sido aprovechadas durante veinte años, su dueño haya perdido todo derecho a interrumpir aprovechamientos o usos inferiores. En fin, implica una serie de contradicciones tan manifiestas con los preceptos fundamentales de la legislación especial, que en caso alguno podemos estimarla subsistente, por cuanto según el art. 5.º del Código civil las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, sin que tal facultad pueda abrogársela una Real Orden, según reiterada jurisprudencia declarada en las Ss. de 3 de noviembre de 1853, 12 de mayo y 29 de septiembre de 1868, 25 de abril de 1876, 3 de febrero de 1880 y 18 de junio de 1913; y en igual sentido, la doctrina toda. (Ver CASTRO Y BRAVO, ob. cit., pág. 360.)

Con relación a las facultades que otorga al Cuerpo de Ingenieros de Montes, al disponer que nada puede hacerse en los indicados predios «sin la *previa* autorización de los que los administran», hace tanto como derogar el a su vez Real Decreto derogatorio de 21 de enero de 1905 y la R. O. aclaratoria de 27 de diciembre, puesto que la autorización posterior la convierte en *previa*, restableciendo ocultamente los artículos 6.º y 7.º, derogados, del R. D. de 1902. Pero es más: suprime a los gobernadores civiles la autoridad de intervenir en los expedientes de concesiones de aguas enclavadas en los montes públicos, sin permitirles determinar el carácter de las aguas solicitadas y en relación a ellas su propia competencia, conferida por la Ley y la Instrucción de 14 de junio de 1893.

En resumen, puede afirmarse que esta R. O. de 8 de enero de 1906 está dictada con incompetencia, contraviene el tenor de disposiciones tan fundamentales como el Código civil y la Ley de Aguas y atribuye

al Cuerpo de Ingenieros de Montes facultades que les habían sido suprimidas por R. D. de 21 de enero de 1905, detrayéndolas de las correspondientes a los gobernadores, según la Ley y la Instrucción de 1883. Es, por todo ello, una disposición nula de pleno derecho.

Parecía cesar la divergencia administrativa cuando la Ley de Pesca fluvial de 27 de diciembre de 1907 declaró en su art. 2.º que el dominio de las aguas, la extensión de las riberas y de las márgenes y las servidumbres en favor del ejercicio de la pesca se determinan con sujeción al Código civil y la Ley de Aguas. Pero al disponer su Reglamento de 7 de julio de 1911, arts. 10 al 19, lo correspondiente a la demarcación, apeo y deslinde de las aguas públicas a los puros efectos de la pesca fluvial, la Dirección General entonces de Agricultura, Minas y Montes dicta una Orden en 17 de diciembre de 1912 a propuesta del Inspector de repoblaciones forestales y piscícolas que sobrepasa las pretensiones de la R. O. de 1906, ya que con olvido de la declaración del art. 2.º de la Ley de 1907, de que el dominio de las aguas se determina con sujeción al Código y la Ley de Aguas, nos dice sencillamente: «Conforme a lo prevenido en el art. 5.º de la vigente Ley de Aguas, fecha 13 de junio de 1879, las que nacen continua o discontinuamente en los predios de los particulares, como en los de propiedad del Estado, de las provincias o de los pueblos, pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas a los efectos de dicha Ley. Lo consignado *da desde luego la norma para el disfrute de la pesca...*, se tendrán en cuenta las siguientes prevenciones:

1.ª En las aguas que emergen en dichos predios, mientras corran dentro de los límites asignados a los mismos, *la pesca* es privativa del dueño del monte, quien puede aprovecharla sin más limitaciones que las generales establecidas por la legislación vigente en la pesca fluvial para las aguas de particulares.

3.ª En las aguas fluviales que de otros terrenos llegan a los montes públicos, sean atravesándoles en mayor o menor extensión o limitando a tales predios, también en grande o pequeña parte de su perímetro exterior, *la pesca* existente o que se críe en dicha clase de aguas que *tienen el carácter de públicas...*

5.ª Cuando se de el caso de que algún río que atraviese monte

público o linde en parte con él, *siendo sus aguas de carácter público*, tuviese afluentes que nazcan y recorran en mayor o menor extensión dicha clase de predios, *las aguas de estos últimos conservarán siempre el carácter de privativas*, de las que, por tanto, podrá *disponer en absoluto* el dueño de la finca hasta la confluencia de las mismas con la primera...»

Todo cuanto queda dicho con relación a la R. O. de 1906 es de pertinente aplicación a está Orden de 1912. Como aquélla, se dicta por quien carece de atribuciones para deslindar las aguas de dominio público. Infringe también todas las normas preceptivas como el Código y la Ley de Aguas, además del propio art. 2.º de la Ley de Pesca fluvial de 27 de diciembre de 1907. Olvida que para el deslinde de los ríos y terrenos de dominio público perteneciente a los álveos estaba vigente, y lo está en la actualidad, la R. O. de 9 de junio y 28 de julio de 1886, que tan directamente obligaba a esa Dirección General como emanada de su propio Ministerio. Por último, se atribuye 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.

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 R. O. de 12 de agosto de 1922, publicada en el «B. O. de la provincia de Huesca», núm. 108, declarando de propiedad privada las aguas de los lagos, manantiales, arroyos y neveras que alimentan el río A. y el barranco I. hasta la confluencia de ambos inclusive; y la Orden del Ministerio de Agricultura de 26 de octubre de 1933, publicada en el «B. O.» 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 arts. 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.) Sin que en un solo párrafo de dicha Orden ministerial se haga la menor referencia a que el apeo o deslinde limita su influencia a la pesca que se contenga en dichas aguas.

Tan es así que, concedidas posteriormente parte de dichas aguas para un aprovechamiento hidroeléctrico, por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 19 de enero de 1935, el Ayuntamiento interpuso recurso contencioso-administrativo y el T. S., en sentencia de 1.º de febrero de 1946, sin entrar en el fondo del asunto, y admitiendo a todos los efectos el deslinde practicado por el Ministerio de Agricultura, declaró: «Cuando como ocurre en el caso de este pleito, que la propiedad en cuestión se halla reconocida y hasta puntualizada *en su alcance* y en sus límites por una resolución de la Administración Pública dictada dentro del cauce de sus atribuciones (?), no puede menos de apreciarse que esa resolución y el acto administrativo que la produce y en ella se manifiesta generan un derecho de esta clase que ya no puede vulnerar la Administración sin contradecir sus propios actos...»

Vemos así, prácticamente, el alcance conseguido por estos apeos, que, con pretexto de deslindar las aguas a efecto de la pesca en los ríos, se vienen aprobando con declaraciones sobre la naturaleza de las aguas y surten efectos generales, sin duda por no haber investigado *suficientemente* las atribuciones en la materia del Ministerio de Agricultura.

La cosa no queda ahí. Una vez estimadas como de dominio privado incluso las aguas de los ríos, en atención a la naturaleza del predio en donde nacen y ratificado, si bien sólo en cuanto a los arroyos, semejante criterio por la solitaria sentencia de la Sala 1.ª de 6 de abril de 1921 (37),

---

(37) S. 6-4-1921: «Siendo de la propiedad del pueblo el monte de L., lo son también como necesaria consecuencia las aguas procedentes de la regata de S., enclavadas en el mismo, sin que pueda ser privado de ellas sin expediente previo de expropiación e indemnización forzosa, en primer lugar, porque, según el núm. 1.º, artículo 408 del Código civil, son de dominio privado las aguas que nacen en predios de dominio privado, y según el art. 5.º 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 núm. 2.º del art. 407, pues relacionado y concordado tal precepto con el núm. 1.º del art. 408 y el 2.º del art. 4.º de la Ley, al declarar de dominio público las aguas de manantiales y arroyos que corran

llegamos a la singular paradoja de que tales aguas que se suponen privadas puedan ser objeto de una concesión administrativa. Este absurdo se contiene en el art. 41 de las Instrucciones para la adaptación del régimen de los montes de los pueblos al Estatuto Municipal y sus Reglamentos, aprobado por R. D. de 17 de octubre de 1925. El curioso precepto dice literalmente: «Art. 41. Los Ayuntamientos podrán otorgar a empresas o particulares la concesión de las aguas que nacen en sus montes de utilidad pública mientras discurran por ellos; pero será condición indispensable para la adopción de estos acuerdos oír previamente a las Jefaturas del servicio forestal de que el monte dependa y de la División hidráulica; entendiéndose que si no emiten dictamen en el término de un mes de haberseles comunicado el propósito de hacer la concesión, no se oponen a ella. En el caso de que uno o ambos dictámenes fueran contrarios a la concesión, el Ayuntamiento podrá recurrir en alzada ante el Ministerio de Fomento. La determinación del canon anual o de la indemnización total que proceda por esta clase de concesión deberá ser hecha por el Ingeniero de Montes municipal, y en su defecto por el del Servicio forestal.»

Claro está que dichas Instrucciones, dictadas como se expresa en su artículo 1.º para que la Administración forestal ejerza su función tutelar en los montes declarados de utilidad pública, de conformidad con lo establecido en el art. 23 del Reglamento de la Hacienda Municipal, exceden con mucho las atribuciones concedidas por las disposiciones sustantivas o reglamentarias en cuya ejecución instruyen, como se comprueba con la lectura de dicho art. 23 del Reglamento de Hacienda Municipal y los 6.º y 7.º de la Ley de 24 de junio de 1908. a los que en él se hace referencia (38).

---

por sus cauces naturales, establecieron una regla general, y que los núm. 1.º del artículo 408 y párrafo 1.º del art. 5.º de la ley de Aguas, al declarar de dominio privado las aguas nacidas en predios de propiedad particular o del Estado, de las provincias o de 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.»

(38) Rgto. 23-8-1924. «Art. 23. Los municipios que sean propietarios de montes, ya sean de propios, ya comunales, incluidos en el art. 1.º de la ley de 24 de junio de 1908, habrán de ajustarse en su explotación a las disposiciones de dicha ley, muy en particular a las contenidas en sus arts. 6.º y 7.º.»

Ley 24-6-1908: «Art. 6.º El propietario o los propietarios asociados de montes enclavados en la zona protectora serán dueños económicamente de ellos y podrán disponer libremente de su dominio; pero en su explotación se sujetarán al plan

El aplicar la concesión administrativa a las aguas u otros bienes cualesquiera de dominio privado carece de posibilidad jurídica. El R. D. de competencia de 2 de agosto de 1917, citado con harta frecuencia en los deslindes de aguas que se practican por el Ramo de Montes, ya lo declaró: «sin que pueda, por tanto, ser objeto de concesión administrativa el aprovechamiento de dichas aguas, que sólo procede cuando se trata de aguas públicas... que la derivación de parte de aquellas aguas para ser destinadas a usos de un particular *constituiría una enajenación de parte de aquel bien privado* que sólo en este sentido podría tener lugar.» En igual elemental sentido se produce con unanimidad absoluta toda la doctrina administrativa; la cosa pública es objeto necesario e imprescindible de toda concesión administrativa. La concesión aplicada a bienes de propiedad particular o dominio privado es inconcebible, por ser una de las formas de uso de las cosas públicas. «Por la concesión—dice ROYO VILLANOVA (39)—se transmiten ciertas cosas o ciertos derechos *que proceden de la soberanía*, que se confían a la Administración y se ceden a un particular». Y GARCÍA OVIEDO (40): «La concesión es también una autorización que la Administración otorga a un particu-

---

dasocrático aprobado para cada uno de ellos por R. O. con el objeto exclusivo de garantizar su conservación, sin que la Administración intervenga después, sino en cuanto sea absolutamente preciso para ejercer las funciones de inspección y vigilancia que aseguren en todo momento la permanencia y mantenimiento de las masas forestales. La Administración respetará aquellos planes de explotación racional establecidos por los propietarios, siempre que, satisfaciendo los propósitos de esta ley, estén acreditados por la experiencia y sancionados por la costumbre de la localidad.

Art. 7.º Si el propietario de un monte enclavado en la zona protectora no quisiera repoblarlo por su cuenta ni asociarse para ofrecerlo al Estado o declarase no convenirle el plan dasocrático aprobado para la explotación, el Estado se reserva el derecho de acudir a la expropiación forzosa para adquirir su plena propiedad con arreglo a la Ley de 10 enero de 1879 y a los reglamentos para su aplicación.»

(39) ROYO-VILLANOVA, obra citada, t. I, pág. 438: «Existen tres formas de uso de las cosas públicas: 1.º El uso común constituye el destino propio de estas cosas. 2.º Existen posibilidades de uso que, sin menoscabo del destino natural de la cosa, representan un uso de la misma superior al corriente...; el uso de esta índole sólo es posible en virtud de un permiso de uso... 3.º Por último, pueden constituirse también derechos de uso especial sobre las cosas de uso común. Este derecho especial es otorgado mediante un acto autoritario, creador de derecho del órgano que tiene a su cargo la policía de la cosa pública. Es la denominada *concesión de uso*.» «La concesión se diferencia del permiso—dice MAYER—por una intensidad jurídica que aquél no tiene: duración y posesión exclusiva. Crea un derecho público subjetivo y no cristaliza, como el permiso, en el ejercicio de una mera actividad de hecho, sino en la atribución de un poder judicial sobre el inmueble.»

(40) Obra citada, pág. 104.

lar para ocupar temporalmente un inmueble de dominio público con destino extraordinario, pero confiriendo un verdadero poder sobre la cosa... El elemento en nuestro caso es *la cosa pública*.»

Cúmplenos agregar para completar esta ojeada panorámica sobre la actuación del Ramo de Montes en materia de aguas, que la vigente Ley de Pesca fluvial de 20 de febrero de 1942 y su Reglamento de 6 de abril de 1943, arts. 38 y 56, respectivamente, y en el capítulo dedicado al concepto jurídico de la pesca, incluyen entre las de dominio privado las aguas de los pantanos y canales del Estado (41); y que la Ley de 18 de octubre de 1941, sobre repoblación forestal de las riberas de los ríos y arroyos, atribuye al Ministerio de Agricultura y dentro de él a la Administración forestal del Estado, las facultades que sobre las riberas correspondían al de Obras Públicas conforme a la Ley de Aguas, declarándolas como bienes pertenecientes al Patrimonio forestal, de conformidad con lo ya dispuesto por la Ley de 10 de marzo del mismo año, y estableciendo la forma y el procedimiento para la estimación de ribera probable hasta la inscripción de su titulación en el Registro de la Propiedad.

Pensamos que la Ley citada de 1942, por incluir en un capítulo dedicado al concepto jurídico de la pesca, en calidad de aguas privadas, las de los pantanos y canales utilizadas en un servicio público, con infracción manifiesta del art. 339, p. 2.º del Código, no desnaturaliza el concepto de aguas públicas que necesariamente han de tener según dicho Código civil y la Ley específica. En cambio, la Ley de 1941, al detraer facultades de un Ministerio y confiárselas a otro y declarar patrimoniales las riberas de dominio público definidas en el art. 35 de la Ley de Aguas, cumple correctamente su cometido, deroga este artículo 35, y en lo sucesivo todas las riberas deslindadas e inscritas en el Registro habrán de ser consideradas a todos los efectos como bienes de la propiedad del Estado afectos a su Patrimonio Forestal.

---

(41) «Art. 38. *Aguas de dominio privado*, p. 2.º «Las aguas de los embalses de los pantanos, canales de navegación y riego del Estado, utilizadas en servicio público, la población piscícola pertenece al Estado, correspondiendo la administración y aprovechamiento de esta riqueza al Servicio Piscícola.»

«Art. 58. *Aguas de dominio privado*. La administración y aprovechamiento de la riqueza piscícola perteneciente al Estado, conforme a lo prevenido en el último párrafo del art. 38 de la Ley, se ajustará a las normas que con carácter general se dicten, a más de las especiales que se considere oportuno establecer por el Servicio Piscícola para cada pantano o canal de navegación o riego.»

Un criterio opuesto, y a nuestro juicio acertado y respetuoso con el Código y la Ley, se ha mantenido inflexiblemente por el antiguo Ministerio de Fomento a través de su Dirección General de Obras Públicas, que contenía la Sección de Aguas, y hoy por el Ministerio de Obras Públicas. Primero, con la R. O. de 9 de junio y 28 de julio de 1886, sobre deslinde de los ríos, sin otro contenido que señalar el procedimiento o trámites necesarios para efectuar estas operaciones. Más tarde, en el art. 1.º del R. D. de 5 de septiembre de 1918, que se reitera en igual artículo del R. D.-Ley núm. 33, vigente, de 7 de enero de 1927: «Pueden ser objeto de concesión administrativa para empresas de interés público y privado, con sujeción a la Ley general de Obras Públicas o a la de Aguas: 1.º Las aguas públicas, *entendiéndose por tales las que, con arreglo al Código civil y a la Ley de Aguas, tienen el carácter de dominio público.*»

Es decir, frente al afán contrario de no utilizar otro criterio diferenciador que la definición de aguas de dominio privado, aquí se resalta acertadamente, son aguas públicas cuantas conforme a la Ley y el Código tienen este carácter.

Un criterio más avanzado, dentro del mismo propósito, lo representan el anteproyecto de reforma de la ley de Aguas, publicado por el Ministerio en la «Gaceta» del 24 de julio de 1921 (42), y el R.D.-Ley de 7 de enero de 1927, núm. 32, derogado por D. de 6 de mayo de 1931 (43).

---

(42) Proyecto de 1921. Base 1.º «Pertencen al dominio público todas las aguas vivas procedentes de manantiales o corrientes naturales, sin excepción alguna motivada por la naturaleza jurídica de los terrenos donde broten o tengan su origen desde el momento en que entren a discurrir por sus cauces naturales y no hayan sido objeto de aprovechamiento con anterioridad a la vigencia de la ley de Aguas de 13 de junio de 1879...»

(43) R. D.-Ley núm. 32: «Art. 1.º «Como aclaración o interpretación de los textos legales vigentes acerca del dominio de las aguas y de sus cauces, se entenderán como pertenecientes al dominio público todas las que nacen en terrenos del mismo dominio, incluso los montes del Estado declarados de utilidad pública y toda corriente natural de agua con su álveo, cualesquiera que sean su denominación, la longitud y anchura de su cauce, la mayor o menor extensión que alcancen sus avenidas y la naturaleza jurídica de los terrenos en que tengan su origen o atraviesen en su curso.»

«Art. 2.º Solamente podrán otorgarse concesiones de aguas que tengan el carácter de públicas; igual facultad será aplicable a las privadas con destino al abastecimiento de poblaciones en el caso previsto en el art. 167 de la Ley.—Podrán ser concedidas con el carácter de públicas las que nazcan en predios particulares o en montes pertenecientes a los pueblos o establecimientos públicos y

También patentiza la opinión del Ministerio de Obras Públicas el informe emitido por el Ingeniero de Caminos Sr. Fernández Frizchi, en expediente sobre aguas de montes de Propios, publicado en edición oficial, parcialmente, en 1942, recogiendo criterios sentados por la Asesoría Jurídica del Ministerio y por el Consejo de Estado sobre aguas definidas en el núm. 2.º del art. 407 del Código civil, transcribe uno de este Alto Cuerpo Consultivo, que copiamos, por constituir una refutación adecuada a la S. del T. S. de 6 de abril de 1921. En él se dice :

«Para determinar el dominio de las aguas, dispone la Ley de 13 de junio de 1879 que son de dominio público las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales (art. 4.º, núm. 2.º), y que tanto en los predios de particulares como en los de propiedad del Estado, de las provincias o de los pueblos, las aguas que en ellos nacen continua o discontinuamente pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas para los efectos de la presente Ley (art. 5.º, párrafos 1.º y 2.º). Y en el núm. 2.º del art. 407 del Código civil se reproduce el precepto de la Ley de Aguas primeramente transcrito, en cuanto a la naturaleza pública del dominio de las aguas de manantiales y arroyos, así como el núm. 1.º del 408 del mismo Código copia el precepto relativo al dominio privado de las aguas que nacen en predios privados mientras no salgan de los mismos, caducando, con arreglo al art. 411, el derecho al aprovechamiento de las aguas por el no uso durante veinte años. En el presente caso se trata de varios manantiales que nacen en terrenos de la propiedad del Concejo, pero que originan un arroyo que sale de los mismos, después de recorrerlos, sin que en su curso sea objeto de aprovechamiento, ni lo haya sido desde tiempo inmemorial, dentro de dichos terrenos. Se trata de aguas que pueden recibir perfectamente la calificación de públicas, con arreglo a la Ley de Aguas y Código civil, sin necesidad de acudir a la disposición derogada (se refería al R. D. núm. 32)».

Versando, como versaba, toda esta disparidad de criterios en torno

---

hayán perdido el carácter condicional de dominio privado, por no haber sido aprovechadas por sus dueños durante el plazo marcado en la Ley. Estas no podrán ser objeto de venta o concesión a un tercero por los mismos dueños...»

a las aguas de los montes de Propios, precisa resaltemos la prudente postura de toda la legislación sobre Corporaciones locales, que no se ha inmiscuído en absoluto en esta materia objeto de la legislación especial de aguas. La Ley Municipal de 1877, arts. 75 y 136; el Estatuto de 8 de marzo de 1924, arts. 308 y 310; la Ley de 31 de octubre de 1935, arts. 147 y 156, y la Ley de Bases de 17 de julio de 1945, bases 19 y 47, como ninguna otra, contienen precepto que signifique intrusión en materia ajena o desviación en el concepto de las aguas públicas y privadas dados por la Ley de Aguas y el Código civil.

La polémica se ha circunscrito al ámbito del antiguo Ministerio de Fomento.

De cuanto antecede se deducen dos conclusiones elementales. Primera: Los conceptos de aguas de dominio público y de dominio privado se contienen, hoy como antes, en los pertinentes artículos del Código civil y la Ley de Aguas, sin que tengan fuerza para obligar a una interpretación determinada la R. O. 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 disposiciones posteriores y de mejor rango administrativo, cual lo son el R. D. de 5 de septiembre de 1918 y el R. D.-Ley núm. 33, de 7 de enero de 1927. Segunda: Ante la patente rivalidad mantenida entre dos sectores de la Administración pública, la defensa obligada de su propia unidad reclama una disposición general sentando opinión definitiva y deslindando claramente las atribuciones, con relación a las aguas, correspondientes a los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura.

Por último, el más elemental pudor administrativo obliga a la desaparición fulminante de las antijurídicas concesiones de aguas de dominio privado.

## VI.—CONSIDERACIONES FINALES.

Las páginas precedentes, aun destinadas al estudio de puntos muy concretos de la legislación especial, nos permiten afirmar la preferencia de la vigente Ley de 13 de junio de 1879 y su precedente de 1866 sobre

el cúmulo de disposiciones posteriores. Aquellas leyes significaron un logrado esfuerzo en el campo de la codificación administrativa; poniendo de relieve, al tiempo que la capacidad de sus autores, su fino instinto para encuadrar los problemas de Derecho público en época de tan rudimentaria doctrina administrativa, y, sobre todo, su acertado criterio al enraizar la ley en los antecedentes nacionales, consiguiendo una legislación previsor y tan avanzada como tradicional. Con singular fortuna supieron reflejar su obra en la exposición de motivos (mal llamada de la ley) del Proyecto elevado al Ministerio de Fomento en 29 de abril de 1863 por la Comisión designada al efecto cuatro años antes (44).

Vigente la Ley, sin que haya visto la luz el Reglamento general en ella prometido, y carente de la atención doctrinal abundante en otras materias, su desenvolvimiento ha tenido lugar en una multitud de disposiciones con frecuencia casuísticas, fragmentarias y obligadamente contradictorias, dictadas por los llamados organismos técnicos, con olvido de que el Derecho y su más elevada expresión, la normativa, requieren de su propia y difícil técnica, sin la cual la legislación pierde unidad y sentido. Tal es el abandono en la materia, que ni la aparición de un objeto de derecho tan vasto como la energía eléctrica producida por la fuerza hidráulica ha merecido los honores de una ley que la regule (45).

Por tales razones, toda función interpretativa en materia de aguas públicas deberá ser dirigida en busca del recto sentido de la propia ley y de los principios fundamentales que la informan, tan acertadamente expuestos en la referida exposición de motivos. Actuar de otra manera es incurrir en los desvíos y contradicciones que se han observado en las sentencias judiciales y disposiciones gubernativas que ha habido lugar a examinar. El buen camino lo señala la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1943, por

---

(44) Integraban dicha Comisión merecedora de recuerdo, los señores Alonso Martínez, Franquet, Pascual, Vergara, Schulz, Ramos Izquierdo, Basualdo, Azofra, Rodríguez de Cepeda, Ibarrola y Comis.

(45) JOSSELAND, ob. cit., pág. 757: «La energía hidráulica ha sido reglamentada por la ley francesa de 16 de oct. de 1919, relativa a la utilización de la energía hidráulica. Esta ley, que ha dado entrada a un derecho nuevo, se aplica a todas las aguas susceptibles de ser generadoras de energía. La idea esencial de esta legislación es que la fuerza hidráulica se separa del agua por constituir ella un bien distinto, cuya utilización importa grandemente al interés general, de suerte que no puede ser utilizada si no es en virtud de un acto del Poder público, autorización o concesión, según los casos.»

el que hemos procurado conducirnos, al formular como conclusiones de nuestro estudio las siguientes :

1.<sup>a</sup> Son aguas públicas todas las de los ríos y torrentes en la íntegra extensión de su recorrido, desde el nacimiento a la desembocadura en otro río, lago o en el mar.

2.<sup>a</sup> Toda corriente de agua que físicamente pueda calificarse como nacimiento u origen de un río o torrente forma parte de ellos y goza de su naturaleza jurídica.

3.<sup>a</sup> Son aguas públicas las de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales, tanto si esos cauces naturales atraviesan o limitan fincas de dominio público, como si lo hacen en predios de dominio particular.

4.<sup>a</sup> También son aguas públicas las continuas o discontinuas que, sin correr por cauces naturales, nacen en terrenos de dominio público.

5.<sup>a</sup> Las aguas públicas no pierden este carácter al ser separadas de sus cauces naturales y conducidas por otros construídos artificialmente, sean cualesquiera el aprovechamiento a que se destinen, el título con que se realice y la persona que lo disfrute.

6.<sup>a</sup> La circunstancia de que las aguas corrientes nazcan en montes patrimoniales declarados de utilidad pública, no añade especialidad alguna a la naturaleza jurídica de las aguas, que serán públicas en cuanto discurren por sus cauces naturales, y, por consiguiente, la de todos los ríos, torrentes y arroyos; y

7.<sup>a</sup> De las aguas corrientes superficiales sólo pueden calificarse como de dominio público las continuas o discontinuas que no constituyan corrientes naturales nacidas en predios de dominio particular y mientras discurren por los predios de su nacimiento.

