

DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE AGUAS

Previa la autorización correspondiente, se reproduce a continuación el cuerpo del dictamen número 27.975 del Consejo de Estado, de fecha 10 de mayo de 1962, emitido a petición del Ministerio de Obras Públicas, en relación con una «propuesta de reforma parcial de la Ley de Aguas», elaborada por dicho Ministerio.

I.—CONSIDERACIONES GENERALES.

1. El Consejo de Estado valora los argumentos expuestos por la Comisión elaboradora del proyecto en orden a llevar a cabo una reforma parcial de la Ley de Aguas, que, por constituir uno de los textos mejor elaborados de nuestra legislación administrativa y por responder todavía en la mayoría de sus preceptos a las actuales necesidades, habrá de subsistir, si bien con los retoques y modificaciones necesarios para actualizar su técnica y solventar los problemas más acuciantes que la experiencia administrativa ha venido acusando.

Es cierto que existen otras cuestiones no recogidas en la propuesta, que serían asimismo susceptibles de una modificación conveniente. Con el Consejo de Obras Públicas, cabe señalar, a título demostrativo, la evidente inadecuación de la dotación mínima *per capita*, figurada en los artículos 164, 165 y 169 de la Ley, para atender a las necesidades de abastecimiento y saneamiento de las poblaciones. Sin embargo, este Consejo de Estado estima que el criterio a seguir en relación con este punto es el de llevar a cabo una formal legalización de los mismos, con objeto de privarles de su actual rango formal de Ley, para que la Administración, en ejercicio de su potestad reglamentaria, pueda acomodar las previsiones generales, que deben contenerse en la Ley, a las necesidades futuras, sin que por ello haya de resultar afectada la Ley fundamental, de la que en consecuencia deben ser extraídas todas las disposiciones que por razón de la materia puedan ser reputadas como reglamentarias. En este momento, y en consonancia con el carácter parcial de la reforma, cabría autorizar simplemente al Gobierno para que, mediante Decreto, dictado a propuesta del Ministro de Obras Públicas, pudiera actualizar las dotaciones mínimas señaladas en los citados artículos.

Otro punto de interés que merecería ser objeto de estudio, de acuerdo con las actuales tendencias de nuestra legislación, es el relativo a las prohibiciones que afectan a extranjeros, conforme al Real Decreto de 14 de junio de 1921, cuya aplicación viene dando lugar a distintos problemas, que quizá resultaran solventados si se admitiera la posibilidad de que las empresas extranjeras obtuvieran concesiones de aguas públicas para usos industriales, aunque se mantuviera específicamente la prohibición de que tuvieran aprovechamientos hidráulicos de servicio público.

También sería conveniente volver a una concepción unitaria del Ordenamiento jurídico de las aguas, que incluso debería alcanzar, para su desaparición, a la duplicidad que actualmente mantienen la legislación civil y la administrativa, pero que, en todo caso, debe conducir a la incorporación al nuevo texto refundido, o a los Reglamentos que se dicten para su aplicación, de las disposiciones posteriores a la Ley de 13 de junio de 1879, que deban reputarse en vigor.

2. La autorización al Gobierno para llevar a cabo la formulación de un texto refundido debe hacerse en términos que permitan: *a)* conseguir la sistematización señalada; *b)* retocar todos aquellos extremos de la Ley que, como consecuencia de las modificaciones incluídas en la propuesta, pudieran resultar afectados en su finalidad lógica o en su simple sistemática, y *c)* actualizar la Ley en consideración a las variaciones experimentadas por nuestra Administración y a las exigencias de la más moderna técnica legislativa.

Por otra parte, dados los delicados problemas a que pueden dar lugar las autorizaciones legislativas, sería conveniente prever las mayores garantías jurídicas, del mismo modo que, conforme a la vigente Ley de Régimen Jurídico (art. 10, núm. 4), es preceptivo dictamen previo del Consejo de Estado en los proyectos de disposiciones con fuerza de Ley, cuando el Gobierno cuenta para ello, en cada caso, con expresa delegación por Ley votada en Cortes. Aunque en el presente supuesto no hay propiamente delegación legislativa, ya que la nueva regulación material será aprobada por las Cortes, convendría prever expresamente la intervención del Consejo de Estado por la garantía técnica que supone para la mejor adecuación entre la autorización legislativa y el uso que de ella haga el Gobierno.

3. La elaboración de Reglamentos parciales de la Ley de Aguas ha de ser lógicamente conectada con las observaciones hechas anteriormente: *a)* en dichos Reglamentos deben figurar todas aquellas disposiciones que, como fruto de un detallado estudio discriminatorio, no sea adecuado que permanezcan en una disposición con rango de Ley, de la que, en consecuencia, deberán sustraerse por vía deslegalizadora, utilizable en la Ley cuya propuesta se informa; *b)* deben quedar incorporadas a tales Reglamentos las disposiciones de carácter reglamentario que hayan de mantenerse en vigor: de esta forma se introducirá un necesario orden en nuestro Derecho de Aguas, al que quizá pudiera hoy plantearse más de un problema de jerarquía normativa.

4. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el hecho, señalado por la Comisión elaboradora del Proyecto, de que «pasan de 3.000 los artículos que de modo gradual, si bien no respondiendo a un plan conjunto, han venido a desarrollar la Ley de Aguas», hace más necesario que se dé cabal cumplimiento al párrafo 3.º del artículo 129 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, que, con el sano propósito de facilitar la mayor sencillez, claridad y manejabilidad del Ordenamiento jurídico, establece que «no podrá formularse ninguna propuesta de disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la misma disposición se consignen las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas».

Sin embargo, dada la evidente complejidad de la Legislación de Aguas y supuesta la autorización al Gobierno para publicar un texto refundido en el que se recojan las modificaciones que la nueva Ley habrá de introducir, quizá fuera preferible usar la vía de los llamados Decretos de vigencias, utilizada ya en nuestro Ordenamiento jurídico (así, el Decreto de 14 de diciembre de 1951, respecto a la Ley de Sociedades Anónimas), de forma que la Administración, al verificar la refundición del texto de la Ley de Aguas, deba acometer un minucioso estudio y confrontación de todo el Derecho positivo actual, formulando por Decreto una tabla de vigencias, que indudablemente habrá de solventar *ab initio* la serie de complejos problemas que en otro caso pudieran plantearse por razón del alcance de la cláusula derogatoria expresa o de la tácita «la Ley posterior deroga a la anterior».

II.—CONSIDERACIONES PARTICULARES.

A) *Modificación del artículo 5.º de la Ley de Aguas.*

En su vigente redacción, el artículo 5.º de la Ley de Aguas: «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, continúan o discontinúan, 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 bien 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 dispone el artículo 10, párrafo 2.º».

En la redacción que se propone, el artículo 5.º de la Ley de Aguas diría así: «Las aguas que nacen en predios privados son privadas. Perderán esta condición, convirtiéndose en públicas, cuando salgan del predio en que nacieron, o cuando aun sin salir del mismo discurren más de

mil metros por sus cauces naturales desde que nacen, o cuando se mezclen con otras que tengan ya el carácter de públicas.»

En la Memoria justificativa de la reforma se exponen las razones que aconsejan la modificación que se proyecta introducir en el artículo 5.º de la Ley de Aguas, y se formula el propósito de obviar el problema que ocasiona acaso la única contradicción realmente operante entre la Ley de Aguas y el Código civil. Señala el Ministerio cómo en un gran número del expediente de concesión de aguas, no obstante la fuerte oposición de los peticionarios o de los Municipios que pretendían gozar del dominio de las mismas, aun no habiendo sido aprovechadas de ningún modo, tanto los distintos Servicios Hidráulicos, como sus asesores jurídicos, como el Consejo de Obras Públicas y el propio Consejo de Estado, han venido manteniendo la condición de públicas para aquellas aguas que, naciendo en predios privados y sin ser aprovechadas, entran en sus cauces naturales, incluso cuando los oponentes invocaban la derogación del Real Decreto-Ley número 32 de 7 de enero de 1927, como demostrativa de la intangibilidad de su pretendido dominio. Se destaca también cómo el amplio margen que concede la Ley de Aguas en el párrafo 1.º del artículo 5.º al señalar que pertenecerán al dueño del predio donde nacen para su uso y aprovechamiento, se encuentra más que relativizado, no sólo por el aprovechamiento eventual sucesivo que el párrafo 2.º del mismo artículo admite, sino también por lo que el propio Código civil dispone. En tal sentido, el Ministerio de Obras Públicas recuerda cómo esta cuestión ha sido fuente inagotable de litigios, en particular en lo referente a la propiedad de las aguas nacidas en montes de propios y en montes comunales, siendo constante y unánime el criterio mantenido tanto por la Administración, representada por el Ministerio de Obras Públicas, como por los Consejos de Estado y Obras Públicas, de establecer en la medida de lo posible un límite a esa propiedad privada, que en muchos casos viene a condicionar *de facto* todo el aprovechamiento sucesivo del curso de las aguas, puesto que la cuestión se plantea fundamentalmente en las grandes superficies de montañas, en las que las aguas discurren kilómetros y kilómetros sin salir de los predios en que nacen.

El fondo del problema que se halla actualmente planteado como consecuencia de la interpretación del alcance de los artículos 4.º y 5.º de la Ley de Aguas y 407 y 408 del Código civil, debe ser previamente abordada al nivel de la legislación actual, con objeto de poder señalar después el sentido en que cabe estimar útil y provechosa la reforma de esa actual legislación.

En esencia, la raíz del problema está, como lo estuvo para el legislador en 1886, en la determinación del perfil jurídico peculiar de esa propiedad especial que es la de las aguas, así como en la fijación de los criterios con arreglo a los cuales pueden ser definidos el dominio de las mismas y el derecho de uso y aprovechamiento netamente diferenciado de la propiedad.

En la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto elaborado por la Comisión nombrada en 1859 y que, con ligeras modificaciones, fué

la Ley de 3 de agosto de 1866 y hoy la de 13 de junio de 1879, se aborda el problema de la susceptibilidad del agua corriente para constituir objeto del dominio privado: «el obstáculo que para el dominio privado de las aguas encuentran muchos en su calidad de corrientes, 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 puede ser objeto de dominio privado. Ciertamente es que en muchos casos la apropiación de las aguas corrientes no podrá ser indefinida y permanente, ni su consumo absoluto y total; pero esto no podrá ser obstáculo para la existencia del dominio; podrá, cuando más, modificarlo y limitarlo. Los que se oponen de una manera absoluta al dominio privado de las aguas corrientes no pueden citar en apoyo de su opinión la legislación de ningún país, pues todos los han reconocido y sancionado». Y la Exposición de Motivos pasa a continuación a examinar los precedentes históricos en la legislación romana; el régimen feudal, la legislación inglesa y francesa y en las antiguas legislaciones de Castilla y Cataluña y Valencia, tras de afirmar que «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».

En consecuencia, afirmada la posibilidad de configurar un derecho de propiedad privada sobre las aguas corrientes, el problema quedaba desplazado a la determinación de los perfiles que configuran ese derecho de propiedad y de los límites a las facultades que constituyen su contenido. En esa misma vía de limitación del derecho de propiedad privada, en la que, como dice el Ministerio de Obras Públicas, se ha mantenido la interpretación administrativa de la Ley de Aguas y del Código civil, prosigue el nuevo texto que se propone, formulando tres límites al principio de propiedad privada de las aguas: 1) que salgan del predio en el que nacen (limitación que ya aparece en el artículo 5.º actual, en el número 8 del artículo 407 del Código civil e implícitamente en el número 1 del artículo 408 del mismo Cuerpo legal); 2) que se mezclen con otras que tengan ya el carácter de públicas, y 3) que, aun sin salir del predio en que nacen, discurren más de mil metros por sus cauces naturales.

Admitidos los dos primeros criterios de limitación al principio de propiedad del agua, el evidente convencionalismo, cuando no arbitrariedad, del criterio de los mil metros con el que se trata de evitar que la propiedad privada de las aguas en origen pueda condicionar *de facto* todo el aprovechamiento sucesivo del curso de las aguas, hace necesario buscar un criterio que permita definir con igual seguridad el límite y conseguir con mayor equidad y mejor técnica jurídica el fin propuesto.

Las posibles interpretaciones de la legislación actual han dado lugar a la diferenciación de distintos criterios para determinar con precisión los límites que separan en su configuración legal el dominio público y el dominio privado de las aguas. A este respecto hay que resaltar que la consecución de aquel objetivo, a través de la modificación de la legislación actual, descansa sobre las dificultades que para su logro ofrece esa misma legislación. Así lo acreditan los múltiples litigios, sobre todo

en relación con los montes de propios y comunales, planteados para determinar el alcance de la propiedad privada de las aguas, y no menos para delimitar la competencia administrativa entre los órganos de los actuales Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura, dada la competencia de éste en materia forestal y de pesca fluvial y el desgajamiento de ambos del primitivo tronco común que fué el Ministerio de Fomento.

Un primer criterio diferencia las corrientes de aguas, para proclamar en todo caso el dominio público de los ríos y sus cauces naturales, en correspondencia con el texto romano de las Instituciones en que se declaran públicos todos los ríos, «flumina autem omnia et portus publica sunt» (libro II, título I, párrafo 2.º); o para acomodarse al texto del Digesto, que reconoce la distinción entre ríos públicos y privados, «fluminum quedan publica sunt quaedam non» (libro XLIII, título XII, Ley I, párrafo 3.º), sentido en el cual determinadas legislaciones de los Estados de Europa definieron el dominio público de los ríos navegables o flotables, reconociendo a todos los demás como susceptibles al dominio privado.

Parece clara, dentro de nuestro Derecho positivo, la calificación como públicos, en todo caso, de los ríos y torrentes, como resulta del artículo 4.º de la Ley de Aguas y del artículo 10.407 del Código civil, así como del número 1.º del artículo 339 de este último, que define como de dominio público los bienes «destinados a uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construídos por el Estado, riberas, playas, radas y otros análogos». Lo que ocurre, aparte de la discrepancia que pueda existir respecto de la afirmación de que los ríos desde que nacen hasta que afluyen al mar, a un lago o a otro río, son de dominio público, es que su calificación jurídica descansa sobre la determinación del alcance gramatical y geográfico del término río, y su distinción de los manantiales y arroyos que puedan ser susceptibles de dominio privado.

Un segundo criterio descansa sobre el concepto de cauces naturales, asimismo imprecisos, pese a la existencia de disposiciones para su delimitación administrativa. Según esta interpretación, serán públicas todas las aguas de ríos, torrentes, manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales. Esta afirmación, que tiene apoyo en los términos literarios del artículo 4.º de la Ley de Aguas y del artículo 407 del Código civil, tropieza con el inconveniente de la definición del cauce natural, agravado por el hecho de que en la definición de las aguas de dominio privado se incluyen las continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, «mientras discurren por ellos», lo cual supone la existencia de un curso de aguas de dominio privado, sin que lógicamente sepa establecer la distinción en el hecho de que el discurso del agua se verifique por cauces de conducción artificial o por cauces naturales.

Ante los inconvenientes que plantea la delimitación de dominio público y privado de las aguas, el proyecto de Ley que es objeto de informe introduce un nuevo criterio frente a cuyo convencionalismo hay la garantía de una mayor seguridad, aunque, como el *Instituto de Estudios Políticos* destaca, podrían surgir serias dificultades de la aplicación

de un criterio meramente numérico condicionante del carácter público o privado de las aguas. Pero como las razones en que se funda la propuesta del Ministerio son, a juicio de este Consejo, estimables, procede indagar la posibilidad de una fórmula distinta que defina con certeza el dominio privado de las aguas sin los inconvenientes derivados del convencionalismo de aquella distancia máxima de los mil metros.

Quizá la vía más segura sea partir una vez más de la diferenciación, netamente perfilada en la Exposición de Motivos tantas veces citada, entre el aprovechamiento y el dominio de las aguas, que hacen que no se reputa jamás a los concesionarios de aguas públicas como verdaderos dueños de esas, ni aun después de separadas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios, limitados al objeto para que se les concediera, y sujetos siempre a la vigilancia de la Administración, encargada de precaver todo abuso y desperdicio. En cambio, el dominio, decía la Comisión, es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente en ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otros; el dueño de una cosa la tiene no sólo para usar, sino para abusar de ella, sin que el Poder público pueda impedir este abuso mientras con él no cause perjuicio a tercero. Es claro que al concepto fuertemente individualista del derecho de propiedad, formulado de esta manera, sucede en el Derecho actual una caracterización de su función social que impide configurar el dominio privado en los términos en que la Comisión lo hacía. En el evolucionado concepto de propiedad que está actualmente vigente dentro de nuestro Derecho, se halla ya una primera posibilidad de configurar en términos más estrictos el derecho a las aguas, de acuerdo con la enorme importancia económica y social que las mismas tienen.

Pero es quizá preferible plantearse con prioridad la problemática del aprovechamiento de aguas, sobre la cuestión de su naturaleza jurídica, de modo que una vez definido el modo más deseable de programizar el uso de las aguas, puede acometerse el problema de perfilar su posible instrumentación jurídica.

El derecho de aprovechamiento, según la actual legislación, puede tenerse en virtud de la propiedad privada de las aguas de la concesión administrativa o de la prescripción. Los actuales principios que informan los Ordenamientos jurídicos impiden que el derecho de aprovechamiento, amparado por un título de propiedad de las aguas, pueda considerarse tan absoluto que conduzca a los serios inconvenientes señalados en la justificación del proyecto, y que dimanen del condicionamiento en origen de todos los aprovechamientos sucesivos del curso de agua, con las dificultades derivadas de la interposición del propietario de las aguas entre éstas y los usuarios de las mismas.

Ante todo es preciso resaltar que el derecho de aprovechamiento en todo caso no es absoluto, ni aun cuando está amparado por un derecho de propiedad de las aguas, pues con arreglo a los principios informa la Ley de 13 de julio de 1879 y el Código civil, su mayor o menor extensión depende de la existencia de otro derecho preferente que es obligado respetar, sentido en el que repetidamente se ha pronunciado la juris-

prudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 8 de junio de 1907 y 20 de octubre de 1941). Pero es que, además, cuando la importancia económica de las aguas se está intensificando como en el momento presente, aquel límite no puede estar solamente constituido por la existencia de un derecho actual de aprovechamiento jurídicamente perfecto y consolidado, sino que bastan las consideraciones de la conveniencia pública de un aprovechamiento integral y racional de cada corriente de agua y la expectativa de los posibles derechos que pudieran ser adquiridos por los propietarios de predios sucesivos en orden a la mejor explotación económica de sus fundos, para establecer como límite el derecho de aprovechamiento de las aguas, en todo caso, el de que ni en virtud del uso de las mismas, ni mediante obras e instalaciones para facilitarlos pueda en forma alguna ser alterado el régimen de las propias aguas, ni resulte condicionado de hecho todo el aprovechamiento sucesivo del curso de agua.

También desde el punto de vista general, íntimamente vinculado al interés público, está implícito en la importancia económica de las aguas y conviene hacer desaparecer el mercado de agua y esa extraña figura que es la concesión de aguas privadas. Todo lo concerniente al uso y aprovechamiento de aguas tiene un fuerte carácter administrativo por razón de que la necesidad de que el aprovechamiento de tan importante fuente de riqueza se verifique con criterios económicos racionales, máxime cuando el interés público creciente que han venido adquiriendo los aprovechamientos hidráulicos de una parte, y la intensificación de regadíos de otra, con un plan general de aprovechamiento integral de las corrientes de aguas, obliga a matizar el aprovechamiento de las mismas, en un sentido al que no es extraña la propia legislación de aguas, pues en la redacción literal del transcrito artículo 5.º refiere el alcance del derecho del dueño del predio en que nacen las aguas, a su uso y aprovechamiento, por lo que, relacionado con el artículo 348 del Código civil, que configura la propiedad como el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes, podría conducir a configurar un derecho de propiedad con prohibición de disponer o enajenar las aguas que constituyen un objeto. Para defender o rechazar esta posición (que el Consejo de Estado se limita a exponer como modo expresivo de mostrar una posible ordenación jurídica de las aguas privadas) sería susceptible de sutiles interpretaciones jurídicas el artículo 257 de la Ley, a cuyo tenor «todo lo dispuesto en esta Ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas, de acequias y de fuentes y manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden o permutan como propiedad particular».

Este Consejo de Estado considera que los problemas fundamentales a que ha dado lugar el artículo 5.º de la Ley de Aguas, en relación con el artículo 408 del Código civil, resultarían obviados si en la Ley de Aguas se definiera el derecho de uso o aprovechamiento del dueño del predio en que nacen las aguas continua o discontinuamente, de forma que ni pudiera alterar el régimen de dichas aguas o del curso de las

mismas, ni pudiera disponer de ellas a efectos de enajenación, arrendamiento o concesión, por razón de la necesidad de abordar todos los problemas de uso de las aguas con criterios racionales de aprovechamiento integral, que pugnan con la existencia, al margen de Administración, de un mercado de aguas.

Pese a que de un modo genuino sólo el problema de los aprovechamientos corresponde al objeto y contenido de la Ley de Aguas, pues el relativo de su naturaleza jurídica compete más bien al Código civil, que es el que resulta más afectado para la modificación del artículo 5.º que se propone, no puede este Consejo dejar de señalar la posible forma de instrumentación jurídica de este derecho de uso (aunque este Consejo estime deseable la unificación del ordenamiento de aguas, como antes se ha indicado, se hace necesario razonar sobre la base de la distinción entre la legislación civil y la administrativa, al informar un proyecto de Ley que no se propone abordar aquella unificación).

Cabría una definición como públicas de todas las corrientes de agua sin mayor especificación, o en la forma, por ejemplo, que lo hacía el artículo 1.º del Decreto italiano de 11 de diciembre de 1933, a cuyo tenor «es pública toda el agua emergente y afluyente, 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». Calificadas así como públicas las aguas corrientes de importancia social y económica, sin que el hecho de su nacimiento determine en forma alguna la variación en su naturaleza jurídica, cabría ya diferenciar el origen del derecho de aprovechamiento, para perfilar, junto a los ya reconocidos, el del dueño del predio en que las aguas nacieran, cuyo derecho de uso y aprovechamiento, no el de propiedad, se entendería como accesorio del predio; o bien podría considerársele titular de una concesión, no administrativa, sino legal, puesto que su otorgamiento tendría lugar por ministerio de la Ley y no por decisión de la Administración. Naturalmente, tal derecho de uso y aprovechamiento se entendería exclusivamente para las necesidades del fundo, sin facultad alguna de enajenación separadamente de dicho fundo y, por tanto, sujeto al requisito de su inscripción registral, con facultad administrativa de modulación, de acuerdo con las necesidades del fundo. Se cumpliría así, por otra parte, la finalidad del Registro de facilitar a la Administración conocimiento exacto de todos los derechos de uso existente a efectos de mejor planificar el aprovechamiento racional de nuestros recursos hídricos.

Cabría también mantener el principio de la naturaleza privada de las aguas nacidas en predios de dominio privado, pero limitando el contenido y alcance de tal derecho de propiedad, lo cual es perfectamente posible, dado el carácter abstracto y elástico de dicho derecho, que permite su subsistencia como derecho perfecto, aun privado de cualquiera de sus facultades, como sería en este caso la facultad de disposición de las aguas no usadas. Se mantendría, pues, el principio, con lo cual se lograría un planteamiento del problema menos radical y, por tanto, po-

siblemente más oportuno y viable, y se conseguiría el mismo efecto, pues el dueño de las aguas solamente tendría un derecho de aprovechamiento de las mismas, pero no una facultad de disposición de ellas. Así desaparecería el mercado de aguas y, al imponerse simultáneamente al propietario la prohibición de alterar el régimen de las aguas, se conseguirían los objetivos que la reforma del artículo 5.º de la Ley de Aguas se propone.

En todo caso, se hace necesario abordar el problema de derecho transitorio a que habría de dar lugar la alteración del régimen de las aguas nacidas en predios de propiedad privada. Tres aspectos deben ser tenidos en cuenta: el del actual propietario de las aguas al que se va a privar del derecho de disposición de las mismas; el mismo propietario en cuanto a las posibilidades de ampliación del uso y aprovechamiento actual de sus aguas, y el de los terceros cuyo derecho de aprovechamiento de las aguas dimana de una convención privada celebrada con los propietarios de las mismas sin intervención alguna de la Administración.

Respecto del primer extremo, relacionado con el tercero, parece que la mejor solución sería la de convalidar en el orden administrativo la realidad de hechos existente en el aprovechamiento de las aguas, con acceso al Registro de los actuales usuarios de las mismas, cuyo derecho dimana de un título convencional o de una concesión otorgada por el propietario privado de las mismas, considerándoseles a todos los efectos como concesionarios de aguas públicas. En caso de que el actual propietario conservara todavía algún derecho sobre las mismas mediante la perfección de un canon o por la temporalidad de las concesiones o arrendamientos que hubiese otorgado deberá señalarse un régimen temporal para la liquidación de tales situaciones, transcurrido el cual operaría el principio de que son públicas las aguas no aprovechadas en el predio donde nacen, y consiguientemente se considerará como concesión administrativa el derecho que cualquier persona hubiera adquirido de un propietario privado de las aguas.

En cuanto a las posibles previsiones futuras, puesto que las necesidades del predio en el que las aguas nacen no son susceptibles de ser definidas con certeza para el futuro, cabría atenderlas: 1) por la subsistencia del derecho de aprovechamiento eventual de las aguas mientras discurren por el fundo; 2) por la preferencia otorgada al dueño del fundo en que nacen las aguas por ministerio de la Ley, para el uso y aprovechamiento de las mismas, siempre que no existieran derechos consolidados que pudieran resultar perjudicados; y 3) por una vía análoga a la de las concesiones en cartera, que permitiría una especie de reserva para la utilización futura del agua que el fundo pudiera necesitar, con la simultánea posibilidad de que la Administración otorgara a precario derechos de aprovechamiento sobre tales aguas actualmente no utilizadas en el predio en que nacieron, hasta el momento que las necesidades hoy previsibles se hicieran reales.

En definitiva, y entre las distintas posibilidades apuntadas, este Consejo de Estado se inclina, como resulta de lo hasta aquí expuesto, a considerar preferible, con una valoración jurídica e incluso de oportunidad,

la solución de que, aplicando a las aguas privadas la distinción entre su dominio y su aprovechamiento, mantiene el principio de la naturaleza privada de las aguas nacidas en predios de dominio privado, con prohibición de alterar su régimen y de disponer de las aguas separadamente del fundo. Convendría también meditar en la oportunidad de acometer como eficaz medida coadyuvante, a mayor plazo, la elaboración de un catálogo de corrientes de agua de carácter público que cancele las inacabables controversias sobre la naturaleza jurídica de las aguas, a la vez que permita un más exacto conocimiento de nuestros recursos hídricos.

Hay que observar, finalmente, que los problemas que plantea la existencia del mercado de aguas deberían ser también objeto de meditación en relación con las aguas subterráneas alumbradas por los particulares.

Son notorios los abusos que se producen en provincias y regiones en las que el regadío es el único medio, posible de cultivo, y éste se provee por medio de particulares o sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en momentos de escasez a precios fabulosos, que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra. La unión biológica de la tierra y el agua comporta la necesidad de no desconocer este aspecto económico, el cual viene intervenido por el Estado en otros órdenes de la producción agrícola, como sucede en los precios de las semillas, abonos minerales, venta de los productos, etc., etc. No desconoce el Consejo de Estado el respeto que merece la iniciativa privada en la búsqueda de agua en dichas comarcas; la cuantía de los capitales empleados en tan nobilísimo afán y el bien que han producido a la economía nacional. Pero estas razones que pudieran justificar una justa y generosa expropiación o la conversión de la propiedad en concesiones, y una regulación de estímulo a los capitales para incrementar estas inversiones, no impiden que se deba considerar como urgente y necesario afrontar este grave problema.

Una última consideración debe ser hecha en relación con la modificación del artículo 5.º, así como con la mayor importancia que en el orden administrativo pretende darse, como después se señalará, a los Registros de aprovechamiento de aguas públicas establecidas por el Real Decreto de 12 de abril de 1901. Dado los áridos problemas que las aguas suscitan, y los grandes perjuicios que en todo caso se siguen del entorpecimiento de los aprovechamientos o de la obstrucción u obstaculización de los mismos y, considerando, finalmente, la necesidad de dotar de garantías a sus titulares y robustecer la eficacia de la inscripción registral de dichos aprovechamientos, sería conveniente arbitrar un procedimiento administrativo sumario, enérgico y eficaz, para que todo el que tuviere inscrito un aprovechamiento en el Registro creado por el citado Decreto de 1901, dispusiera de la posibilidad de mantenerse en la posesión de tal derecho de aprovechamiento frente a cualquier perturbación, siempre a reserva de la ulterior declaración que pudiera proceder en el orden administrativo o en el judicial. Después se insistirá sobre este extremo.

B) *Del dominio de las aguas subálveas.*

En nuestra actual legislación de aguas no hay una regulación específica de las subálveas, pues únicamente en el artículo 192 se recoge el supuesto de las aguas públicas de un río que corren, en todo o en parte, por debajo de la superficie del suelo, imperceptible a la vista, para disponer que la elevación de su nivel hasta hacerlas aplicables al riego u otros usos se considera como un alumbramiento del agua convertida en utilizable. También en la disposición 5.ª de la Real Orden de 5 de junio de 1883, sobre iluminación de aguas subterráneas, se señala que «cuando se trate del aprovechamiento de aguas subálveas en cauces del dominio público y por los medios que se expresan en el artículo 192 de dicha Ley, se aplicará siempre lo prescrito en el artículo 2.º de esta Real Orden...». Finalmente, se refieren también a las aguas subálveas los Reales Decretos de 11 y 23 de julio de 1910.

Es claro, como el Consejo de Obras Públicas señala, que los intereses públicos que no quedan debidamente garantizados con el actual ordenamiento legal que equipara el régimen jurídico de las aguas subálveas al de las subterráneas, habida cuenta de las modernas posibilidades existentes para la elevación de las aguas y de la circunstancia evidente de que las subálveas de muchas corrientes no se extiendan a zonas más amplias que sus cauces, riberas y márgenes.

Pese a las dificultades de elaborar una definición del subálveo que satisfaga cumplidamente todas las disposiciones que en el orden de los principios hidrográficos y geológicos puedan ser adoptadas, y que dan lugar a la multiplicidad de formulaciones definitorias que el Consejo de Obras Públicas enuncia, parece correcta y claramente expresiva del sentido y alcance legal que al subálveo se quiere dar la definición que en el proyecto se contiene y que evidencia que el subálveo no se halla delimitado por la simple proyección vertical del álveo, sino que comprende toda la anchura de las formaciones geológicas en que los cauces se han originado, por las que normalmente discurren las aguas subálveas, si bien con velocidad menor que las aguas superficiales. El rasgo más característico de las aguas subálveas, a efectos de la justificación del régimen legal que se establece (en cuanto su dominio y aprovechamiento sigue el régimen de las aguas superficiales de la misma corriente) es el de que «se nutren de las mismas corrientes que las aguas superficiales de las que son subálveas».

Para la delimitación del subálveo se prevé el levantamiento, de oficio o a instancia de parte, del plano que defina el manto subálveo de cada zona, o la realización de prospecciones singulares. En todo caso, se establecen las adecuadas garantías técnicas, así como las jurídicas y procedimentales, exigiendo información pública y audiencia de los interesados.

C) *Aprovechamientos especiales de aguas públicas.*

Artículo 1.º 1) Con la supresión de la prescripción como medio de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas públicas, se trata de garantizar la mayor eficacia y racionalidad en el aprovechamiento de las aguas públicas. Es cierto que la prescripción constituye uno de los medios generales de adquisición de derechos, conforme a los principios de nuestro Código civil, con expresión concreta, en relación con el derecho de aprovechamiento de aguas, en el artículo 409 de dicho Cuerpo legal y en el actual artículo 149 de la Ley de Aguas.

Es cierto también que, aun admitida la posibilidad de que por el uso pacífico ininterrumpido durante más de veinte años se produzca la adquisición de un aprovechamiento de aguas públicas, cabría impedir los aprovechamientos abusivos mediante una eficaz actuación de los órganos de la Administración que, en ejercicio de funciones de policía administrativa, habrían de producir naturalmente una disminución de las posibilidades de que el aprovechamiento abusivo llegara a consolidarse jurídicamente por el transcurso de veinte años en su pacífico disfrute. Sin embargo, no puede dejar de valorarse el hecho de la frecuencia con que se producen los aprovechamientos abusivos de aguas públicas, y la realidad de que en muchas ocasiones tales aprovechamientos surgen ante la expectativa de su consolidación por el transcurso de veinte años, con evitación consiguiente de todas las molestias y gastos a que pudiera dar lugar la obtención de la concesión administrativa.

Por otra parte, la supresión de la prescripción, como medio de adquirir el derecho al aprovechamiento de aguas públicas, no es en realidad una medida tan radical como pudiera parecer la simple enunciación formal de aquel propósito. Efectivamente, la imposibilidad de adquirir por prescripción el derecho de las aguas no es extraña a nuestro Derecho de Aguas y así la Real Orden de 23 de mayo de 1848 afirmó la competencia de la Administración para autorizar obras y aprovechamientos de aguas, y la imposibilidad legal de ganar por prescripción derechos que o pertenecían al Estado, o habían sido suprimidos como privilegios señoriales. El Real Decreto de 29 de abril de 1869 mantiene esta posición. En la actual legislación de Aguas, como recuerda la Comisión redactora del Proyecto que se informa, se admitió la prescripción en consideración a unas situaciones de hecho que el legislador de 1866 entendió que debían ser respetadas: «La índole de estos aprovechamientos —dice la Exposición de Motivos— 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? Cuestión es ésta más difícil de resolver de lo que a primera vista parece, porque, aun exigida la expresa, tal podría llegar a ser, andando el tiempo, su antigüedad, que no fuera posible o, por lo menos, fácil presentar su título fehaciente. En Cataluña y Valencia, desde el tiempo de la Conquista, en que se reservaron los Reyes la facultad de conceder el aprovechamiento del agua, no se ha construido ningún artefacto que la uti-

lice como fuerza motriz sin la competente autorización; y, sin embargo, pocos, ninguno quizá de los más antiguos, podrá presentar el título que la acredite, después de los innumerables tránsitos que ha experimentado la propiedad. Esta tolerancia, imputable a la Administración, cuyos agentes deben impedir el establecimiento de aprovechamientos ilegales, equivale a una concesión tácita, y la Comisión entiende que 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.»

Parece claro que estas razones concretas, que abonaron la posición mantenida en la actual legislación de Aguas, no existe hoy en realidad, una vez legitimados por prescripción todos los aprovechamientos anteriores a 1866 y admitida incluso por la Ley que se proyecta, la posibilidad de que la prescripción opere respecto de los aprovechamientos cuya posesión o disfrute hubiera comenzado con anterioridad a la publicación de la Ley.

2) El párrafo 2.º de este artículo 1.º, en cuanto admite la adquisición por prescripción de los aprovechamientos cuyo disfrute hubiera comenzado con anterioridad a la fecha de su publicación, contiene una norma de carácter transitorio, si bien tal observación no puede tener mayor trascendencia, dada, de una parte, la forma en que se ha redactado el proyecto sometido a consulta, pues no se ha articulado todavía en debida correlación con la actual Ley y, de otra, la previsión de que las disposiciones contenidas en el proyecto deberán ser incorporadas a un texto refundido de la Ley de Aguas, en virtud de autorización que la propia Ley deberá dar al Gobierno.

Este Consejo de Estado considera conveniente que el Ministerio se replantee los términos de este párrafo del artículo 1.º, puesto que si se suprime la prescripción como modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas, el principio de respeto a los derechos adquiridos debería agotar su virtualidad con el mantenimiento de los aprovechamientos ya adquiridos por prescripción, sin necesidad de amparar la expectativa de quien simplemente ha empezado a usar el agua, pero sin que el transcurso de los veinte años haya legitimado todavía su titularidad. Esta observación aparece más clara si se tiene en cuenta los preceptos que en el propio proyecto se destinan a la regulación de los Registros de Aprovechamientos de Aguas, y la enérgica reiteración del carácter abusivo de todos los aprovechamientos no inscritos.

Artículo 2.º En principio, y aun valorando la consideración de que el problema se plantea en relación con los aprovechamientos especiales de las aguas públicas, no parece que sea perfectamente sistemática la inclusión de este precepto en la Sección 1.ª del capítulo IX de la Ley de Aguas, sino más bien entre aquellos preceptos que tienen por objeto la determinación del dominio de las aguas.

Por otra parte, la afirmación de que no pierden el carácter de aguas públicas las que, siéndolo y habiendo discurrido por sus cauces naturales, son después conducidas por cauces artificiales o retenidas en embalses, no parece ofrecer duda alguna, si bien puede ser procedente la

formulación legal de dicho principio, puesto que ha sido frecuente, incluso para la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa, entender que las aguas de los ríos, cuando se apartan de sus cauces por acequias artificiales, son de dominio privado, deduciéndolo del párrafo último del artículo 408 del Código civil y del artículo 98 de la Ley de Aguas, que declaran que «en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrable de la heredad o edificio a que van destinadas las aguas».

Contribuirá a una mayor claridad legal el incluir también en el Anteproyecto la modificación expresa del artículo 98 de la Ley de Aguas, suprimiendo del mismo «las aguas», puesto que, al autorizar al Gobierno para la formulación de un texto refundido, es conveniente eliminar expresamente todo principio de contradicción, así como aquello que, por ser susceptible de diversas interpretaciones más o menos fundadas, pudiera llevar en sí el germen de litigios promovidos por quienes, sustentando una interpretación contraria, entiendan que ha habido por parte del Gobierno un exceso en el uso de la autorización dada por las Cortes.

Artículo 3.º La cláusula «sin perjuicio de tercero» es ya usual en nuestro sistema concesional administrativo. Únicamente cabría hacer una observación, que deriva de la supresión del segundo inciso que aparecía en la redacción inicial de este artículo, y a cuyo tenor, «quien estime lesionados sus derechos acudirá a la Administración para que defina compatibilidades y fije los bienes que hayan de ser expropiados o la indemnización que el concesionario debe abonar».

Tal previsión, que ha sido suprimida en la redacción actual, ofrecía la ventaja de determinar de un modo concreto el alcance de la cláusula sin perjuicio de tercero en orden a la competencia de la Administración para juzgar acerca de esos derechos de terceros, sin perjuicio, naturalmente, de que quedaran vivas las acciones de que dispusieran los afectados para hacer valer sus derechos.

Artículo 4.º Recoge el supuesto de los actuales artículos 151 y 152 de la Ley de Aguas, y no ofrece peculiaridad alguna una vez que ha sido limitado el alcance de la declaración de utilidad pública a los aprovechamientos de interés general, conforme a las observaciones del Consejo de Obras Públicas, que recogen el principio del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 y del artículo 114 de la Ley de Obras Públicas.

Artículos 5.º y 6.º Son reproducción literal de los artículos 153 y 154 de la actual Ley de Aguas.

Artículo 7.º Aunque el párrafo 2.º es reiterativo, por constituir una mera concreción del supuesto general del artículo 6.º, no hay obstáculo fundamental alguno para que la irresponsabilidad de la Administración se afirme también de un modo especial en relación con las modificaciones que el caudal de agua experimente por razón de avería, limpieza o inundación, cuando se trate de aprovechamientos afectados por el régimen de embalse.

Artículo 10. Frente al carácter rígido que presentaba el orden de preferencia de aprovechamientos formulado en el artículo 160 de la vigente Ley de Aguas, la modificación fundamental que el artículo 10 del proyecto introduce es, junto a la actualización de los aprovechamientos, en su enunciación (lo que exigirá atemperar la sistemática de la Ley al elaborar el texto refundido), el establecimiento de un régimen flexible que permita la alteración del orden de preferencia «cuando, por las características de la explotación de la cuenca o de los aprovechamientos existentes en la misma, haya claros motivos de interés público que lo exijan».

Artículo 12. Es reproducción del artículo 159 de la vigente Ley de Aguas, con la salvedad de que suprime el calificativo «perpetua» al referirse a la propiedad que corresponde al concesionario sobre los saltos de aguas y las fábricas y establecimientos industriales que a su intermediación hubiese construido y planteado.

Si la eliminación de aquel carácter de perpetuidad responde, como es de suponer, al deseo de eludir todo problema en el momento de la reversión, convendría completar el precepto con un inciso en el que se especificara que «tal derecho de propiedad no obsta el carácter gratuito de la reversión de los bienes afectos a la concesión, al término de ésta».

Artículo 13. La nueva redacción de este precepto demuestra con claridad que la Comisión elaboradora del Proyecto ha tenido como fundamental preocupación la de solventar una serie de cuestiones que prácticamente se vienen presentando. Este artículo responde a la necesidad de evitar que mediante la presentación, en trámite de competencia de proyectos, de uno que se aparte sustancialmente de las características del aprovechamiento inicialmente solicitado, se pueda eludir la efectiva competencia de proyectos. Este Consejo de Estado ha examinado ya el problema en diversas ocasiones y estima acertada la solución que en el artículo 13 se formula.

En el párrafo que dice «cuando en la fase de competencia se presente algún proyecto que no sea incompatible con el original no se le tomará en cuenta, sin perjuicio del peticionario de incoar una petición nueva», debe decir: «cuando en la fase de competencia se presente algún proyecto que no sea incompatible con el original, no se tomará en cuenta, sin perjuicio del derecho de quien lo presente para incoar una petición nueva».

Artículo 15. Quizá conviniera especificar, en consonancia con el principio que establece el artículo 13, que, puesto que la Administración puede supeditar la concesión de un aprovechamiento al otorgamiento de la de todo el tramo, será necesario un nuevo trámite de competencia de proyectos, pues, en su defecto, si dicho trámite hubiera tenido lugar sobre la base del aprovechamiento parcial inicialmente solicitado, quedaría sustraído a la competencia el proyecto nuevo, modificado para comprender el aprovechamiento de todo el tramo del río.

Artículo 16. El propósito de este precepto es legalizar la frecuente práctica de las concesiones en cartera y, siempre que la Administración ejerza adecuadamente las funciones que le están encomendadas, es de suponer que resulten obviados todos los inconvenientes que el sistema pueda presentar.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los aprovechamientos en precario que se autorizan durante el período de tiempo en que tales concesiones estén en cartera, no hay razón alguna para que puedan ser otorgados por el concesionario, al que, si se le da la ventaja de otorgarle concesiones en función de necesidades previsibles de futuro, no hay por qué darle también la posibilidad de que se lucre del agua concedida en tanto no esté afectada al aprovechamiento para el que la solicitó. El mismo efecto de evitar que el agua comprendida en las concesiones en cartera esté falta de todo aprovechamiento, en tanto no sea utilizada por el concesionario, puede lograrse manteniendo lógicamente el derecho de la Administración a conceder aprovechamientos a precario, sujetos a una condición resolutoria que operaría automáticamente cuando el agua fuera precisa para atender a las necesidades cuya consideración motivó el otorgamiento de la concesión en cartera.

Artículos 18, 19, 20 y 21. El Consejo de Estado estima importante la declaración expresa del carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas, pues cada vez se muestra más necesario robustecer el valor jurídico de dicha inscripción.

En el Derecho actual, pese a las discrepancias de criterio existentes, no cabe duda que hay que admitir una específica eficacia de la inscripción, en cuanto es obligatoria, conforme al artículo 3.º del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, y en cuanto se considera abusivo todo aprovechamiento que no se halle inscrito en el Registro, según el artículo 7.º del Real Decreto de 12 de abril de 1901.

Parce que el problema fundamental que plantea la precisión de la eficacia de la inscripción administrativa en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas resulta de que el derecho de aprovechamiento de aguas tiene asimismo acceso al Registro de la Propiedad y difícilmente podría desconocerse un derecho de aprovechamiento inscrito en dicho Registro, aun cuando no hubiera tenido acceso al Registro Especial de Aprovechamiento de Aguas Públicas.

Sin embargo, el problema que plantean las relaciones entre el Registro de la Propiedad y el de Aguas Públicas está superado por el Reglamento de la Ley Hipotecaria, a tenor de cuyo artículo 69 para llevar a efecto la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos mediante concesión administrativa, deberá acompañarse «certificado en que conste hallarse inscrito en el correspondiente registro administrativo de los establecimientos por el Real Decreto de 12 de abril de 1901. Si no se acompañase el certificado, podrá tomarse anotación preventiva por defecto subsanable». Del mismo modo, el artículo 70, que se refiere al aprovechamiento adquirido por prescripción, señala en el número 7.º que el acta de notoriedad «será título suficiente para que se extienda anotación preventiva en el

Registro de la Propiedad», y añade que «la anotación preventiva se convertirá en inscripción así que se presente el certificado prevenido en el artículo anterior».

En el artículo 18, al establecer que «la Administración determinará el volumen de agua por unidad de tiempo que resulte del uso mantenido», se recorta, acaso en exceso, la facultad de modulación que hoy tiene la Administración, por lo que quizá fuera conveniente atribuir a la Administración «la determinación del volumen que fuera racionalmente necesario para el aprovechamiento, dentro del límite máximo supuesto por el uso mantenido».

La importancia del Registro, en orden a facilitar a la Administración el conocimiento de todos los aprovechamientos existentes para mejor planificar el aprovechamiento de nuestra riqueza hídrica, debe ser reforzada con medidas que den verdadera eficacia a la inscripción practicada en el Registro. Bien está la concesión de beneficios fiscales para estimular la inscripción en el Registro, pero quizá la mejor medida para que los propios titulares de los aprovechamientos tuvieran interés en acceder al Registro de Aprovechamientos de Aguas fuera la de que la inscripción en tales Registros llegara a ser verdaderamente eficaz, de modo que, de la misma forma que con arreglo al artículo 22 la Administración podrá utilizar la acción directa para recuperar la posesión de aguas públicas no legitimada por concesión, quizá fuera conveniente establecer que la Administración, por su acción directa, mantendrá en la posesión de sus aprovechamientos a quienes según la inscripción registral resulten titulares del derecho del aprovechamiento de agua. De esta forma sería realmente eficaz la inscripción en el Registro, sin perjuicio de la declaración administrativa o judicial que en su día pudiera recaer, y al titular la posesión de las aguas por quienes sean poseedores *secundam tabulas*, se lograría un efecto similar al que se obtiene en el orden judicial por la vía de los interdictos.

La redacción del artículo 20 puede dar lugar a observaciones, como las hechas por el Consejo de Obras Públicas, en cuanto parece concretar con exceso la posibilidad de inscripción a los aprovechamientos preexistentes a la Ley de 1879, siendo así que se trata simplemente de fortalecer, en relación con los mismos, la obligación de llevar a efecto la inscripción, por lo que deberá ser modificada dicha redacción, así como la del último inciso, al referirse a las modalidades consuetudinarias recogidas en los Reglamentos y Ordenanzas. Sería mejor decir: «respetando siempre las modalidades consuetudinarias de los mismos, debidamente acreditadas».

En el artículo 21 se prevé que, transcurrido el plazo de cinco años, el aprovechamiento no inscrito se reputará abusivo. El precepto, dado que, conforme al Real Decreto de 1901, ya son abusivos todos los aprovechamientos no inscritos, parece abrir un paréntesis, en el que habrán de respetarse todas las situaciones de hecho en vista de una eventual posibilidad de que accedan al Registro de Aprovechamientos de Aguas durante el citado plazo de cinco años. Por otra parte, no se determina de un modo enérgico la consecuencia de esa calificación de un apro-

vechamiento como abusivo, lo cual parece indispensable si efectivamente quiere dotarse de eficacia a los Registros.

Quizá fuera lo mejor enlazar el artículo 21 con el supuesto del artículo 22, señalando que «la Administración recuperará de oficio y por su acción directa la posesión de las aguas públicas cuyo aprovechamiento se reputa abusivo por no figurar inscrito en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas».

Artículo 22. Son importantes, sobre todo en el orden práctico, las facultades que se reconocen a la Administración de utilizar la vía directa para recuperar la posesión de las aguas públicas. De conformidad con lo que se ha dicho en relación con el artículo 21 convendría generalizar tal facultad con objeto de garantizar el mantenimiento de la concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral.

Artículo 24. No se determinan los efectos de la declaración de caducidad, en particular el de la pérdida de la fianza. Es cierto que no se habla de la constitución de fianza por el concesionario y que, en realidad, lo que hay es una garantía para el caso de que haya ocupación de bienes de dominio público. Sin embargo, la constitución de fianza es general en nuestro sistema concesional, y a ella expresamente se refiere el artículo 26 que, recogiendo un supuesto de la legislación vigente, admite la rehabilitación de la concesión mediante sustitución de la sanción de caducidad por la pérdida de la fianza y la constitución de una nueva fianza del 5 por 100 de las obras que falten por ejecutar. Si en el caso de rehabilitación hay pérdida de fianza, parece lógico que ésta se produzca también en el caso de caducidad de la concesión, de conformidad con los principios generales figurados en la Ley de Obras Públicas.

El no uso de un aprovechamiento especial durante veinte años, que constituye el supuesto de prescripción extintiva del derecho de aprovechamiento, se hallaría mejor emplazado sistemáticamente en el artículo 23, en que se enuncian los casos de extinción, que en el artículo 24, en el que se recogen los supuestos de caducidad.

Artículo 25. Convendría modificar la redacción del párrafo 2.º en términos análogos a los siguientes: «cuando los concesionarios soliciten de la Administración la unificación de concesiones o la introducción de modificaciones en el proyecto, que hayan de afectar a las obras y requieran resolución administrativa, en esta última se podrá ampliar el plazo de ejecución de las obras de la concesión administrativa, en consideración al período que dure la tramitación del expediente, si dió lugar a paralización de las obras y a la variación de las obras a ejecutar».

Artículo 26. El supuesto de rehabilitación de concesiones se recoge en este precepto en los mismos términos en que se halla admitido en la legislación actualmente en vigor. La posibilidad de rehabilitar concesiones responde a la conveniencia para la Administración de evitar caducidades que pudieran ser perjudiciales para el interés público. Es posible que el cauce más adecuado fuera el de otorgamiento de una pró-

rroga por la Administración, concurriendo las mismas condiciones que el artículo 26 prevé y con el mismo efecto de pérdida de fianza y constitución de fianza complementaria que en dicho artículo se señala.

Artículo 27. La prohibición de tramitar peticiones de transferencia y de modificación del condicionado de la concesión cuando ésta se encuentre incurso en caducidad, ofrece el inconveniente de la indeterminación del supuesto de hecho sobre el que descansa, es decir, que la concesión se halle incurso en caducidad, ya que no puede ser conocido con certeza, sino *a posteriori*, en el momento en que se hubiera procedido a su declaración administrativa. En consecuencia, quizá fuera conveniente que el artículo 27 se redactara en forma análoga a la siguiente: «No podrán tramitarse peticiones de transferencia ni de modificaciones del condicionado de una concesión cuando ésta se encuentre en caducidad. La resolución que deniegue aquella tramitación ordenará la incoación del expediente de caducidad, si no hubiera sido ya iniciado. Acordada, en su caso, la improcedencia de declarar la caducidad de la concesión, se procederá inmediatamente a tramitar la referida petición».

Artículo 30. El supuesto de rescate que en este artículo se establece es más bien un caso de expropiación en beneficio de los usuarios de las aguas. El Consejo de Estado, con el *Instituto de Estudios Políticos*, considera conveniente la supresión de este precepto, porque «una previsión general de tal carácter podría retraer a las empresas dispuestas a asumir el riesgo de ser concesionarias», y «en la legislación de expropiación forzosa existen posibilidades para imponer en casos concretos verdaderamente necesarios la fórmula del rescate anticipado».

D) *Del aprovechamiento de aguas públicas para fuerza motriz.*

En el artículo 1.º se establece la temporalidad de la concesión por un plazo de setenta y cinco años, señalando la posibilidad de que se amplíe a noventa y nueve si para la regulación del caudal utilizado se incluye entre las obras de aprovechamiento la construcción por el concesionario de embalses que eleven el caudal de estiaje hasta el promedio entre el estiaje natural y el medio anual.

Como el Consejo de Obras Públicas señala, el párrafo 2.º del artículo 3.º del Decreto de 14 de junio de 1921, modificado por el de 10 de noviembre de 1922, preveía la elevación a noventa y nueve años del plazo concesional no sólo en el caso que el artículo 1.º citado señala, sino en general en todos aquellos en que el interés público resulta beneficiado por la ejecución o mejora de obras comprendidas en el plan de obras hidráulicas del Estado, o una parte importante de una obra comprendida en dicho plan que no impida en su día la construcción de la parte restante, o cuando se construya un embalse regulador suficiente para anular los efectos de grandes avenidas. Este Consejo de Estado llama la atención simplemente sobre la eliminación de estos tres supuestos, pues no se justifica en la Memoria que acompaña al proyecto la razón de su supresión, que puede estar, sin embargo, en la menor importancia actual de tales obras o el menor interés general de las mismas,

de suerte que hayan desaparecido las razones que aconsejaban que su realización pudiera amparar la elevación a noventa y nueve años del plazo de duración de la concesión.

Los artículos 2.º y 3.º son nueva versión de los artículos 3.º y 4.º del precitado Decreto de 1921. Debe señalarse, en relación con el párrafo 2.º del artículo 3.º, a cuyo tenor «la Administración podrá exigir, al hacer la concesión... 2.º Que el concesionario ceda la energía utilizada directamente para el aprovechamiento...», que, lógicamente, y como resulta de su precedente, que es el artículo 4.º del Decreto de 1921 («el concesionario está obligado a llevar el sobrante de fuerza a la red general...»), debe decir: «que el concesionario ceda la energía *no* utilizada directamente para el aprovechamiento, a la Red general de distribución de energía eléctrica, en las condiciones que se establezcan».

Respecto del artículo 4.º, que se refiere a la expropiación de aprovechamientos de aguas públicas en explotación para la producción de fuerza motriz, en beneficio de otros aprovechamientos con iguales fines, únicamente ha ofrecido duda en los informes anteriores del proyecto los términos en los que, si el expropiado optara por recibir el suministro de la energía equivalente a la que disfrutaba, debía ser hecho por el beneficiario de la expropiación dicho suministro. El Consejo de Estado entiende que la previsión actual de que el expropiado estará obligado a abonar la energía suministrada al precio de coste fijado por la Administración, es la más correcta, pues no cabe pensar en un derecho del expropiado a obtener gratuitamente dicha energía eléctrica, ya que el beneficio que obtenía con su aprovechamiento era la diferencia entre el precio de coste de la energía y el precio a que hubiera podido obtenerla de no haber dispuesto de aquel aprovechamiento, beneficio que es el que se mantiene en cuanto el nuevo titular del aprovechamiento le suministre la energía al mismo precio de coste, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto del expropiado a expensas del beneficiario de la expropiación.

E) Del aprovechamiento de las aguas públicas para usos industriales.

La redacción del artículo 2.º podría ser simplificada. Dice así: «Las concesiones para usos industriales se otorgarán sin límite de tiempo, salvo cuando las industriales en las que haya de utilizarse el agua no tengan carácter permanente, en cuyo supuesto el aprovechamiento de aquélla estará vinculado a la duración de la industria. En todo caso, la cesación definitiva de la explotación industrial para la que fué otorgado el aprovechamiento supondrá siempre la extinción de la concesión».

Podría decir simplemente: «La duración de las concesiones para usos industriales será la de las industrias para las que fué otorgado el aprovechamiento, de modo que la cesación definitiva de la explotación industrial supondrá siempre la extinción de la concesión».

F) *Sindicatos Centrales.*

En la Exposición de Motivos de 1866 se decía: «La experiencia ha dado a conocer también la ventaja de Sindicatos Centrales, compuestos de representaciones de todos los parciales que existan en el curso de un mismo río, para la defensa de los derechos, conservación y promoción de los intereses comunes. La Ley autoriza la creación de estos Sindicatos, pero a instancia de los interesados, sin la cual, lejos de contribuir a mantener la armonía, serían tal vez un manantial de discordias entre ellos». La Real Orden de 25 de octubre de 1884, que aprobó los modelos de Reglamentos y Ordenanzas de Riegos, señaló también las bases para la formación del Reglamento Especial de los Sindicatos Centrales, con definición de sus atribuciones.

Aunque de la parte expositiva no se deducía la exclusiva incorporación de los regantes a estos Sindicatos, y pese a que el párrafo 1.º del artículo 241 habla de Comunidades y Sindicatos, y en el artículo 236 se recoge el supuesto de que «las Comunidades se compongan de varias colectivamente agrícolas o fabriles directamente interesadas en la buena administración de las aguas», es lo cierto que en el artículo 241 se está pensando en la constitución de Sindicatos Centrales de Regantes, como parece acreditar el hecho de que en el párrafo 3.º se señala que «el número de los representantes que haya de nombrarse será proporcional a la extensión de los terrenos regables, comprendidos en las demarcaciones respectivas».

De aquí que parezca conveniente modificar dicho artículo 241, de modo que quede configurado el Sindicato Central como el órgano constituido para la defensa y promoción del interés común de todo los usuarios, y no sólo de los regantes.

BIBLIOGRAFIA

