

OBTENCION DE TITULOS JUSTIFICATIVOS DE LA USUCAPION DE AGUAS PUBLICAS *

351.79 : 35.077.31 (46)

Por FERNANDO FUENTES BODELON

Sumario: 1. Introducción.—2. Titulación excepcional.—3. Titulación normal: el acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario.—4. Crítica de la actual regulación.—Conclusiones.

1. Introducción

El derecho a una preferente utilización de las aguas públicas puede adquirirse originariamente de una doble forma: por concesión o por prescripción de veinte años. El primero es un título administrativo normal, aunque con los perfiles propios que le impone el demanio hidráulico. La usucapión o prescripción adquisitiva, en cambio, es un modo de adquisición civil, lo que impone a su justificación unas especialidades, a fin de encajar la institución, lo cual es bastante difícil, en el marco del Derecho administrativo.

Limitado el presente trabajo al examen de los procedimientos de

* El presente trabajo forma parte de otro más extenso que, con la rúbrica *Procedimientos administrativos en materia de aguas públicas*, se publicará en su día en el volumen III de la serie *Procedimientos Administrativos especiales* que dirige el profesor González Navarro.

habilitación de estos títulos, queda fuera de nuestro propósito el estudio de la bondad de la institución a la que sirven de vehículo, aunque los defectos de ésta, como es lógico, repercutirán en los procedimientos para acreditarla (1).

Decimos que la adquisición del particular se limita a un *derecho preferente a la utilización* de las aguas públicas, por la carga de condicionamientos y limitaciones que este concepto entraña, ya que sólo así cabe conjugar la prescripción de la utilización con la imprescriptibilidad e inalienabilidad del demanio hidráulico. Sin embargo, la práctica notarial e incluso el mismo Tribunal Supremo dan como prescrito el dominio (2) del aprovechamiento, aunque afirmaciones de este tipo deben ser reputadas como «residuos terminológicos», pues lo que adquiere el particular es «un simple título para el uso de las aguas de modo exclusivo y excluyente» (dictamen del Consejo de Estado de 29-XI-1952, Exp. 10.941), configurándose este derecho como una titularidad *ob rem*, «vocación al derecho real concreto que sólo nace en cuanto un volumen concreto y determinado es separado y aislado de la propiedad fluyente mediante la captación» (dictamen 29-IX-1952, Exp. 10.941), o como un dominio útil del aprovechamiento reflejo de su originaria construcción sobre el esquema censual que diferencia el dominio útil y el dominio directo. Y de la misma forma que el expediente de dominio sería idóneo para acreditar la adquisición de uno u otro dominio en las fincas enfitéuticas, podría serlo para acreditar el título del aprovechamiento (dominio útil) de las aguas públicas (dictamen 13-VII-1966, expediente 34.899) (3).

La expresión «título de la usucapción» la empleamos aquí con un valor meramente formal o instrumental, de acuerdo con los ar-

(1) Del tema me he ocupado en mi tesis doctoral (inédita), *La usucapción de las aguas públicas como mito y como realidad jurídica*, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en noviembre de 1967, que obtuvo la calificación de sobresaliente y para cuya elaboración me fue concedida una ayuda de investigación por la Escuela Nacional de la Administración Pública.

(2) Así, por ejemplo, tiene declarado nuestro más alto Tribunal: «el aprovechamiento por veinte años o más produce título de dominio a favor de quien lo utiliza» (17 noviembre 1903); «el aprovechamiento secular ha producido el dominio de las aguas por prescripción ordinaria» (27 octubre 1915); y «la Administración, teniendo en cuenta que la propiedad de las aguas se adquiere por prescripción» (1 julio 1967).

(3) Esta asimilación del derecho al aprovechamiento al dominio útil en el censo enfitéutico tiene un precedente doctrinal, en el artículo anónimo, contemporáneo a la ley de Aguas, ya que fue publicado en la Justicia de 1866, bajo el título «Dominio útil y aprovechamiento de las aguas».

títulos 4.º de la ley Hipotecaria y 33 y 34 del reglamento Hipotecario. Comprendemos, por tanto, sólo en ella al documento o documentos que sirven de base por sí o mediante otros complementarios para dar acceso a la usucapión de aguas públicas al Registro de la Propiedad y al de Aprovechamientos, así como al procedimiento para obtenerlos. Esta aclaración resulta necesaria, pues el Tribunal Supremo considera a veces a la usucapión como título civil (4).

La prescripción de aguas, aunque tiene un plazo corto—veinte años—, comprende tanto a la ordinaria como a la extraordinaria, ya que, según el Consejo de Estado (dictamen 4-XII-1958, Exp. 23.980), puede ejercitarse sin justo título y aun de mala fe y con dolo inicial (5).

2. Titulación excepcional

2.1 IDEA GENERAL

Aunque el título normal e idóneo para acreditar estas adquisiciones por usucapión es el acta de notoriedad, regulada en el artícu-

(4) Son numerosas las sentencias que califican a la prescripción como título civil, entre otras, la de 19 de mayo de 1896, «han adquirido por prescripción que es un título civil»; la de 10 de junio de 1905 «el derecho a utilizar las aguas no nace de la inscripción en el Registro especial de aprovechamientos, sino de la posesión por más de veinte años... y por consiguiente el título de recurrente es de carácter civil y no de origen administrativo, el real decreto de 21 de febrero de 1930 invocándose la prescripción como título adquisitivo del aprovechamiento... título de naturaleza puramente civil» e incluso el artículo 1.º de la Real orden de 12 de marzo de 1902 parecía estar en esta misma línea. Se ha iniciado en el Tribunal Supremo recientemente una orientación distinta así en las sentencias de 29 de septiembre de 1965 «la prescripción de aguas no es título civil, sino administrativo» y sobre todo la de 30 de junio de 1967 «la prescripción invocada no es de derecho civil, sino administrativo, pues no se pone en tela de juicio la dominialidad pública de las aguas cuya naturaleza jurídica tiene que permanecer incólume pese a la prescripción del aprovechamiento». En estas dos sentencias, sobre todo la de 30 de junio de 1967, que sería deseable marcar una pauta en la futura apreciación de la prescripción por el Supremo Tribunal de Justicia se destaca claramente: 1) que la prescripción de aguas es una prescripción administrativa con perfiles propios y distintos de la prescripción civil y 2) que una cosa es el dominio público que hay que mantener incólume, pues es imprescriptible y otra el aprovechamiento, sobre el que puede operar la prescripción.

(5) El tema de los requisitos del hecho posesorio sobre el que actuará la prescripción adquisitiva, desborda los límites de este trabajo, pero hay que destacar que esta posesión tiene unas especialidades muy características impuestas por la materia sobre la que opera. Una de estas especialidades es que se ha hecho completa abstracción, de la buena o mala fe, así como del título en la prescripción de las aguas públicas ya que «se remite toda la fuerza creadora de la institución a la simple posesión material». (Dictamen 27-IV-1967, Expediente 34.900.)

lo 70 del Reglamento Hipotecario, no es el único, ya que a su lado existen otros, que, por su rareza en la aplicación y por su regulación dispersa, constituyen una auténtica excepción al régimen general que dicha acta de notoriedad representa.

Estos títulos excepcionales son la base final de otros tantos procedimientos de variada naturaleza (judicial, notarial y administrativa) que hay que considerar vigentes, ya que no han sido derogados por la ley de Procedimiento administrativo, bien por tratarse de procedimientos judiciales, bien porque su naturaleza notarial o hipotecaria les ampara dentro del número 7 del decreto de Vigencias de 10 de octubre de 1958, o bien porque se refieren a comunidades de regantes; tal ocurre en el procedimiento arbitrado en la real orden de 13 de noviembre de 1929, también exceptuados en el número 15 del citado decreto.

La excepcionalidad de estos títulos se acentúa en los supuestos contemplados en la real orden de 13 de noviembre de 1929 y orden de 13 de febrero de 1968, ya que a las razones anteriores se suma en el caso de la real orden el operar sobre una base personal muy limitada, como son las comunidades de regantes con antigüedad superior a los veinte años, y en el de la orden de 1968, el limitarse a unos supuestos también muy restringidos, como son los aprovechamientos no legalizados en las zonas de concentración parcelaria.

No existe un cuadro definido de esta titulación excepcional, ya que, como antes se ha indicado, su regulación es dispersa y fragmentaria. Hay solamente un criterio espiritualista en la admisión de tales títulos por parte del Consejo de Estado, que, estimando como arquetipo de estos procedimientos el acta de notoriedad, admite «la existencia de otros procedimientos generales, además del específico del acta para acreditar la adquisición por usucapión de los aprovechamientos de aguas públicas..., siempre que impliquen garantías superiores y tramitación más compleja». En concreto, cita la sentencia en juicio declarativo y el auto recaído en expediente de dominio (dictamen 13-VII-1966, Exp. 34.899).

Fuera de estos casos y de las dos órdenes anteriores, no hay un pronunciamiento expreso sobre la admisibilidad del título, por lo que habrá que estar al criterio del Consejo de Estado y, tomando como molde el acta de notoriedad, admitir solamente aquellos títulos que en ambos sentidos (garantías superiores y tramitación más compleja) la rebasen.

Así, pues, antes de estudiar el procedimiento de habilitación del acta de notoriedad, vamos a detenernos, siquiera sea someramente,

en el examen de estos títulos excepcionales, a cuyo fin los agruparemos, *atendiendo a la legislación* que los regula, en: a) procedimientos judiciales; b) procedimientos hipotecarios y c) procedimientos administrativos.

2,2 PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Toda resolución judicial en la que se declara la adquisición por prescripción del derecho a un aprovechamiento debe tener acceso al Registro de Aguas. El prototipo de estas resoluciones lo constituye la sentencia dictada en juicio declarativo, que ha podido ser provocada durante la tramitación de un acta de notoriedad, pero que también puede ser consecuencia de una demanda entablada por otra causa o motivo. En cualquiera de estos supuestos, la sentencia deberá ser clara y categórica en cuanto a la prescripción se refiere. Creemos también eficaz, a los fines de obtener la inscripción, tanto la resolución dictada en la jurisdicción contenciosa como en la voluntaria; por ejemplo, en una información para perpetua memoria (ley de Enjuiciamiento civil, arts. 2002 y sigs.).

2,3 PROCEDIMIENTOS HIPOTECARIOS

La ley Hipotecaria, en su artículo 199, admite como títulos hábiles, para obtener la inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna: a) expediente de dominio; b) título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad, cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante, y c) el certificado del artículo 206.

De todos estos títulos, el Consejo de Estado únicamente se ha pronunciado claramente sobre el primero. En cuanto a los otros dos, creemos no cabe extremar las analogías entre el Registro de la Propiedad y el de Aprovechamientos, instituciones bastante distintas en finalidad y naturaleza que conducirían en algunos casos a resultados absurdos.

El acta de notoriedad que complementa al título público de adquisición no cabe admitirla para justificar la adquisición por prescripción, ya que existe otra acta de notoriedad dirigida a tal fin, que además no es complementaria, sino que hace fe por sí misma, sin necesidad de apoyarse en otro título.

En cuanto a las certificaciones administrativas de dominio del artículo 206 de la ley Hipotecaria, también deberán ser admitidas,

ya que suponen una tramitación muy simple, con exclusión de toda garantía respecto de terceros, por lo que puede ocasionárseles indefensión al no poder participar en el procedimiento de creación de los títulos, ya que se ha eliminado la información pública, y ser el órgano que expide el título el beneficiario del aprovechamiento.

Queda, por tanto, además del procedimiento normal del acta de notoriedad del artículo 70 del reglamento, que es netamente hipotecario, el excepcional del expediente de dominio, procedimiento que, si bien es hipotecario por la ley que lo regula, es judicial por el órgano encargado de tramitarlo y resolverlo.

2.4 PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

No existe tampoco limitación en la admisión de estos procedimientos, dentro de esa estimación espiritualista de los títulos iniciada por el Consejo de Estado, pero siempre con el doble condicionamiento a que antes se ha hecho referencia.

Hay dos casos en los que los títulos no tienen tramitación más compleja ni suponen garantías superiores al acta de notoriedad, y sin embargo, tienen acceso al Registro de Aprovechamientos. Son los regulados en la real orden de 23 de noviembre de 1929 y orden de 13 de febrero de 1968.

2.4.1 *Comunidades de regantes con ordenanzas aprobadas hace más de veinte años*

La real orden de 13 de noviembre de 1929, publicada en la *Gaceta* el día 25, establece en su artículo 1.º «que cuando se solicite la inscripción de un aprovechamiento, la comunidad de regantes, con ordenanzas aprobadas desde hace más de veinte años, *se puede prescindir de la información posesoria, debiendo acompañar en su lugar instancia solicitándola, suscrita por el presidente de la Comunidad ... , certificación acreditativa de la real orden de aprobación de las ordenanzas y reglamentos y un ejemplar de los mismos*». Las comunidades que tengan menos antigüedad deben agregar a los documentos la información posesoria reglamentaria. El artículo 2.º determina la tramitación conjunta del expediente de constitución y de inscripción, que deberá resolverse simultáneamente.

Esta real orden habilita un procedimiento muy simplificado para la justificación del derecho, y en el que la orden, aprobando la constitución de la comunidad, marca el inicio de la prescripción. No se

ocultan las semejanzas de este título con las certificaciones administrativas del artículo 206 de la ley Hipotecaria, pues en ambos procedimientos se excluye la información pública, pero, sin embargo, existen dos diferencias esenciales que lógicamente deben repercutir en cuanto a su admisibilidad para justificar la prescripción: a) las certificaciones administrativas las emite el mismo órgano que resulta beneficiado con esa situación, mientras que en el caso de las comunidades de regantes la real orden que marca el comienzo de la prescripción emana de un órgano distinto del que es usuario de las aguas; b) además, si bien no existe información pública posterior a la presentación de la real orden, sin embargo, para que ésta se dicte es necesario seguir un procedimiento regulado por la real orden de 24 de junio de 1884, y actualizado en la orden ministerial de 13 de febrero de 1968, en el que esta información pública es necesaria. Con esta real orden nace el derecho, si bien sujeto a la condición suspensiva de que la situación se consolide por el transcurso del plazo prescriptivo.

2.42 *Aprovechamientos presumiblemente prescritos en zonas de concentración parcelaria*

Otro procedimiento administrativo para la habilitación de estos títulos es el supuesto excepcional de los aprovechamientos *presumiblemente prescritos* en las zonas de concentración parcelaria, regulados en la orden de los ministerios de Agricultura y Obras Públicas de 13 de febrero de 1968, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 16 del mismo mes y año (6).

Este procedimiento se aplicará, según determina el apartado c) del artículo 5.º, a los aprovechamientos no legalizados, para los cuales es presumible que se ha operado la prescripción adquisitiva. Fácilmente se advierte que la estimación de esta presunción constituirá uno de los obstáculos principales a su aplicación.

El procedimiento, muy sencillo, no excluye la información públi-

(6) Este procedimiento referido a la inscripción de aprovechamientos es uno de los aspectos procedimentales que plantea la concentración parcelaria y de los que se han ocupado, entre otros, AGÚNDEZ: *Procedimiento de concentración parcelaria y régimen de impugnación de sus acuerdos*. BALLARÍN MARCIAL: *Derecho agrario*, RPD, Madrid, 1965. DE LOS MOZOS: *Defensa de las titularidades dominicales registrales y extrarregistrales y el procedimiento de concentración parcelaria*, RCDI, 1966. GONZÁLEZ PÉREZ: *El régimen jurídico de la concentración parcelaria*. Madrid, 1954. PIÑEL: *Concentración parcelaria y Registro de la Propiedad*. Madrid, 1961. SANZ JARQUE: *El procedimiento de concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad*. Madrid, 1963.

ca, pues «el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural deberá practicarla en el plazo de un mes, y sobre el hecho de la posesión veintenal del aprovechamiento, incluyéndose si dicho hecho resulta acreditado el correspondiente pronunciamiento en la declaración de dominio, que podrá servir de base al Ministerio de Obras Públicas para acordar la inscripción».

No cabe calificar de afortunado ni el establecimiento de este procedimiento, que supone atribución de facultades judiciales a los Servicios de Concentración Parcelaria al permitirles «pronunciarse sobre el hecho posesorio», incluso en el supuesto de que se hubieran presentado reclamaciones en la información pública, en contra de lo dispuesto en la propia ley de Aguas (art. 248, ap. 4.º), que reserva esta competencia a los tribunales ordinarios, ni en su tramitación, en contra del criterio del Consejo de Estado, menos compleja y segura que la del acta, siendo ya totalmente inaceptable la expresión «declaración de dominio» en cuanto a las aguas, y que no tiene ni siquiera la justificación de ser residuo terminológico, ya que se trata de una disposición recientemente dictada.

3. Titulación normal: el acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario

3.1 ANTECEDENTES

El acta de notoriedad para la inscripción de aprovechamientos sustituye a las informaciones posesorias, a las que reiteradamente se refería la legislación administrativa sobre aprovechamientos de aguas públicas.

Las informaciones posesorias constituyen, por tanto, el antecedente del régimen actual, y fueron ya reguladas en la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, modificada posteriormente en la ley de 16 de diciembre de 1909.

Se refieren a ellas, como medio para justificar la adquisición por prescripción del derecho a los aprovechamientos, los artículos 2.º y 3.º de la real orden de 12 de marzo de 1902: «Para justificar este periodo (de veinte años), a falta de otros documentos fehacientes, deberá el peticionario presentar información posesoria.» «Las informaciones versarán únicamente sobre el hecho de la posesión.» También el artículo 3.º del real decreto-ley de 7 de enero de 1927 decía: «... y justificar su derecho al uso del agua, mediante una información posesoria, con todos los requisitos de la ley Hipotecaria, cuando aquél se funda en la prescripción.»

Las actas de notoriedad fueron introducidas en el reglamento para la Organización y Régimen del Notariado de 8 de agosto de 1935, y posteriormente fueron recogidas en la ley Hipotecaria de 1944-46, en sus artículos 199 y 200, que eliminó del ámbito hipotecario a las informaciones posesorias. Entre los diversos fines que se atribuían a las actas de notoriedad (inmatriculación, reanudación del tracto y registrar los excesos de cabida) no figuraba la inscripción de aprovechamientos.

Con el fin de llenar esta laguna legal, el reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947, en su artículo 70, les dio esta eficacia. Las modificaciones hechas, por decreto de 17 de marzo de 1959, se limitan a una corrección de estilo y a ampliar el plazo de la anotación preventiva.

Así, pues, se produjo un forzado paréntesis entre la ley de 1944-46 y el reglamento de 1947, en que no existió titulación normal para justificar la adquisición del derecho, ya que las informaciones posesorias habían dejado de existir y no se había admitido el acta a estos fines. Este vacío hubo que llenarlo con la titulación excepcional, y en especial con los expedientes de dominio, a los cuales el Consejo de Estado, en el dictamen de 13 de julio de 1966 (expediente 34.899) les da un alcance que rebasa el límite temporal que entre dichas dos disposiciones se establece.

3.2 NATURALEZA DEL ACTA

Al examinar la naturaleza del título, vemos cómo éste se resiente del equivoco que es el Derecho al que sirve de justificación. No existe unanimidad en la doctrina notarial e hipotecaria al calificar este brote híbrido e indeterminado que es el acta del artículo 70 del reglamento hipotecario. Para Sanz Fernández (7) es «acta mixta de notoriedad y presencia». Nart (8) la califica de «acta de verificación por notoriedad de la prescripción». Roca Sastre (9) afirma que se trata de un «acta notarial de posesión de aprovechamientos de aguas públicas». Para De la Rica (10) el acta se convierte en alguno de sus particulares en acta de presencia y no de simple referencia. «Tipo nuevo de actuación, formada acumulativamente

(7) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de derecho hipotecario*.

(8) NART: *Formulqrios para la práctica notarial*.

(9) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario 1948*.

(10) DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario*. Madrid, 1948.

y protocolizada al tiempo de su terminación», según la Academia Matritense del Notariado. La orden de 18 de noviembre de 1938 se refiere, para aumentar más la confusión, al expediente del «acta de notoriedad», y como tal lo considera Guimera Peraza (11).

Y es que esta acta tiene rasgos muy peculiares que la separan radicalmente de todos estos instrumentos públicos, de los que toma prestado sólo el nombre. En ella no se respeta el principio de unidad del acto, ya que constituye como un encadenamiento de actas de diversa finalidad y naturaleza: se inicia con un acta de requerimiento; hay actas de referencia—la que recoge la información testifical—, otra de presencia—la de inspección ocular—, otras de incorporación de documentos, otra de notoriedad, etc.

Además, en ellas se desvirtúa la función notarial al atribuir al notario facultades decisorias o judiciales, ya que, a diferencia de las actas de notoriedad reguladas en el artículo 203 de la ley, en las que existe una homologación judicial de lo actuado por el notario, en estas otras decide por sí y ante sí, dando por terminada el acta, aunque existan reclamaciones de terceros, lo cual da al acta un carácter litigioso o contradictorio, con la única excepción de que no se acredite haber interpuesto demanda en juicio declarativo.

3,3 SUJETOS

3,31 *Notario competente*

Será notario hábil para autorizarla el que lo sea para actuar en el lugar donde exista el aprovechamiento (regla 1.ª, art. 70).

Esta designación obligatoria es una de las pocas excepciones al principio de libre elección del notario, consagrado en el artículo 3.º del reglamento notarial, en los negocios de particulares, y que se basa, según Navarro Azpeitia (12), en la confianza personal que inspira a las personas que a él acuden.

Como lugar de aprovechamiento, hay que considerar el de la toma del aprovechamiento.

(11) GUIMERA PERAZA: *Aprovechamiento de aguas públicas por usucapión*. Anuario de Derecho civil, tomo XI, fascículo V, octubre-diciembre 1958, y Actas de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario. Aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción. *Rev. Jurídica de Cataluña*, mayo-junio 1955.

(12) NAVARRO AZPEITIA: «Actas de notoriedad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1945.

3,32 Interesados

El requerimiento para la autorización del acta será hecho al notario por persona que demuestre el interés en el hecho que se trata de acreditar (regla 2.^a del art. 70).

El interesado coincidirá normalmente con el usuario del aprovechamiento, pero es concepto más amplio, cuya correcta definición hay que buscarla en la ley de Procedimiento administrativo (art. 23).

Quando se trata de aprovechamientos colectivos se registrá por lo dispuesto en la orden de 6 de agosto de 1963 y 13 de febrero de 1968, distinguiéndose los supuestos de comunidades de regantes de las denominadas comunidades menores.

En cuanto a los extranjeros, por decreto de 17 de marzo de 1966, han desaparecido (13) las limitaciones que existían por real decreto de 14 de julio de 1921 para ser usuarios de los aprovechamientos para fuerza motriz y usos industriales. Estas limitaciones subsisten en cuanto a los aprovechamientos hidroeléctricos, a menos que se apliquen a sus necesidades, a los abastecimientos para población, cuando los suministros tengan carácter público, así como los destinados a actividades relacionadas con la defensa nacional.

3,4 ELABORACIÓN DEL ACTA (14)

3,41 Iniciación

«El requerimiento... será hecho... por persona que demuestre interés en el hecho que se trata de acreditar y que asevere bajo juramento la certeza del hecho mismo, so pena de falsedad en documento público» (regla 2.^a, art. 70, en relación con el núm. 1 del artículo 209 del reglamento notarial).

La comparecencia se hace de acuerdo con el artículo 156 del reglamento notarial. El juramento se contraerá al hecho mismo y no a los detalles que en ella concurren, que deberán dejarse para el acta de presencia. Nada se dice sobre la fe de conocimiento y

(13) Esta disposición está en la línea de las numerosas dictadas favoreciendo las inversiones de capital extranjero que se inicia en la ley de 29 de diciembre de 1958, y que prolifera en 1959, así decreto-ley de 12 de marzo aprobando el plan nacional para ordenación de inversiones, decreto-ley de 21 de julio sobre ordenación económica y otros decretos y órdenes de 27 de julio, 30 de septiembre y 17 y 24 de diciembre.

(14) DE LA CÁMARA: *Valor jurídico y aplicación de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español*. Madrid, II Congreso Internacional del Notariado Latino, octubre 1950.

juicio de capacidad. Sanz Fernández (ob. cit.) y Nart (idem) sostienen la necesidad de dar ambos juicios, mientras que Guimera Peraza (ob. cit.) opina lo contrario. Esta última opinión es la que coincide con la práctica notarial.

3,42 Desarrollo

3,421 *Reconocimiento sobre el terreno e información testifical.*— Iniciada el acta, el notario, constituido en el sitio del aprovechamiento, consignará, en cuanto fuera posible, en la misma, según resulte de su apreciación directa, de las manifestaciones del requirente y de dos o más testigos vecinos y propietarios del término municipal a que corresponda el aprovechamiento, las circunstancias siguientes: punto donde se verifica la toma de aguas y situación del mismo, cauce de donde se derivan éstas, volumen del agua aprovechable; horas, minutos y días en que en su caso se utilice el derecho, objeto o destino del aprovechamiento; altura del salto, si lo hubiere, y tiempo que el interesado llevará de posesión en concepto de dueño, determinando el día de su comienzo si fuera posible.

Los testigos justificarán tener las cualidades expresadas en el párrafo anterior, presentando los documentos que lo acrediten, a menos que lo constasen directamente al notario, y serán responsables de los perjuicios que puedan causar con la inexactitud de sus manifestaciones (regla 3.ª, art. 70).

Este trámite es fundamental, y comprende dos actuaciones distintas: información testifical y el reconocimiento sobre el terreno. Los testigos deberán ser vecinos y propietarios de fincas rústicas próximas al lugar del aprovechamiento. Guimera Peraza (ob. cit.) estima que deberán tener, al menos, veinte años, al iniciarse la prescripción. En contra está la opinión de Sanz Fernández y Nart. La sentencia de 24 de junio de 1894 exigía que los testigos fueran, al menos, sexagenarios en los casos de prescripción inmemorial.

El reconocimiento sobre el terreno es preceptivo. La resolución de 8 de noviembre de 1955 dice que «el fedatario concurrirá al lugar del aprovechamiento, acompañado del interesado y los testigos para hacer constar los requisitos legales exigidos». La Rica estima que al cumplimiento de esta diligencia debe acudir un técnico que ayude al notario para la mejor identificación del aprovechamiento, ya que deberá recoger unos datos para los que no está preparado, puesto que existen cálculos y mediciones que sólo pueden realizar funcionarios especializados.

La enumeración de las circunstancias que se deben recoger en el acta es muy deficiente, ya que no tiene en cuenta la variedad de destinos de que puede ser objeto un aprovechamiento, aparte de los riegos y producción de fuerza motriz, que son los que se han tenido presentes y aun de modo incompleto, pues inclusive en el caso de riegos, falta dato tan esencial como es la superficie de riego, o por lo menos los linderos a que éste debe circunscribirse, y en cuanto a los aprovechamientos para fuerza, se omite si el salto es útil o bruto. En cambio, sobra la mención del volumen de agua utilizable, cuya determinación es de la sola competencia de la Administración, según el artículo 152 de la ley de Aguas en relación con la real orden de 12 de marzo de 1902 y artículo 3.º del real decreto-ley de 7 de enero de 1927. También contempla únicamente las circunstancias desde la perspectiva de acceso del aprovechamiento al Registro de la Propiedad, olvidando la existencia del Registro Especial de Aprovechamientos, cuyo casillero de características no encaja en las enumeradas en el reglamento hipotecario. Pero el defecto radical es el confiar a un funcionario de formación jurídica exclusiva, como es el notario, la apreciación de datos técnicos que exigen una preparación especializada, por lo que es frecuente ver recogidos en el acta datos que resultan absurdos.

Esta regla deja, sin embargo, una cierta libertad de acción, pero dentro de ciertos límites, pues «aunque la frase "en cuanto sea posible"... dice la resolución de 2 de mayo de 1958... concede alguna flexibilidad al notario para prescindir de algunos datos, no le permite autorizar las actas omitiendo la circunstancia de referencia indispensable para que el aprovechamiento quede descrito con cuantos datos contribuyan a su más perfecta determinación e identificación».

3.422 Información pública

3.4221 *Publicación de edictos.*—«Por medio de edictos que se publicarán en los tablones de anuncios del Ayuntamiento a cuyo territorio corresponda el aprovechamiento y en el *Boletín Oficial* de la provincia, se notificará genéricamente a cuantas personas puedan ostentar algún derecho sobre el aprovechamiento.» (Regla 5.ª, art. 70.)

Los autores consideran onerosa y excesiva la publicación de edictos en el *Boletín Oficial* de la provincia, sobre todo teniendo en cuenta que hay que repetir el trámite en el procedimiento administrativo, ya nacido el título, para fijar las características del asiento de inscripción. Sanz la tacha de «inútil y superflua», y, sin embargo,

advierte que, en el caso de afectar el aprovechamiento a varias provincias, debería publicarse en todos los *Boletines Oficiales*.

También se discute el momento en el que deberá realizarse. Guimera Peraza destaca que con posterioridad al reconocimiento sobre el terreno, pues así sería más completa, y conforme con el orden del artículo 70, según el cual primero es el reconocimiento (regla 3.^a) y después la información pública (regla 4.^a). Pero realizar la información después de la inspección ocular priva a este acto de la asistencia de los reclamantes, que podrían aportar valiosos elementos para enjuiciar la prescripción, ya que, de otra forma, el notario obrará solamente con las apreciaciones del interesado y de los testigos propuestos por él, produciendo la natural indefensión a aquéllos.

3,4222 *Oposición al acta ante el notario*.—«Dentro de los treinta días hábiles siguientes al de la publicación de los edictos, los que se consideren perjudicados podrán comparecer ante el notario para exponer y justificar sus derechos, y si acreditaran haber interpuesto demanda ante el Tribunal competente en juicio declarativo, se suspenderá la tramitación del acta hasta que recaiga ejecutoria.» (Regla 5.^a, art. 70.)

A) *Oposición de los particulares*.—Sólo tiene fuerza para paralizar el acta la oposición judicial. La simple reclamación, aunque se apoye en abundante prueba y se acredite que se trata de pretensiones arbitrarias, normalmente no produce la abstención del notario ni un pronunciamiento adverso en el acta.

Mucho se han criticado estas facultades decisorias y cuasi judiciales del notario. Sanz y De la Rica sostienen que el notario está facultado para dictar estas resoluciones, y que la oposición debe sustanciarse y resolverse dentro del acta, ya que si no sería ineficaz. Por el contrario, Roca Sastre y De la Cámara sostienen, correctamente a nuestro juicio, que se trata de una cuestión litigiosa que extravasa la esfera notarial, atribuyendo al notario facultades jurisdiccionales, por lo que son partidarios de que únicamente el notario resuelva sobre las oposiciones arbitrarias, remitiendo en los demás casos las actuaciones al juez para que resuelva, aplicando las normas sobre incidentes, de acuerdo con la regla 9.^a, art. 203, de la ley Hipotecaria y 296 del reglamento hipotecario. Guimera Peraza es partidario que si bien doctrinalmente debía prevalecer esta última solución, reconoce que, de acuerdo con el artículo 70, el notario está obligado a emitir el juicio, ventilando la oposición por sí y ante sí.

La demanda interpuesta ante los tribunales ordinarios supone la suspensión del acta hasta que se resuelva. Este —se puede decir— es el único medio que los terceros tienen para impedir el nacimiento de estos títulos, y así ha sido reconocido por el Consejo de Estado en su dictamen de 27 de abril de 1967, pues si bien cabe que el título sea discutido y puesto en duda por los interesados y por la Administración, pero gozando de naturaleza civil, el conocimiento y resolución del estado posesorio corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y en tanto esa decisión judicial no se produzca, tal juicio de notoriedad debe reputarse legítimo y producir los efectos a los que legalmente se destina.

B) *Oposición de la Administración.*—El artículo 21 de la proyectada reforma de la ley de Aguas admite la posibilidad de que la Administración, a través de las Comisarias de Aguas, comparezca en el acta, formalizando oposición y alegando actos contrarios a la interrupción de la posesión, que significaría la paralización del trámite. Pero éste es un problema de *lege ferenda*, aunque sería aconsejable, por las garantías de imparcialidad, competencia y mejor defensa de los intereses generales, ya que, de otra forma, la Administración, a cuya tutela está confiada la salvaguardia del demanio hidráulico, se encontrará con unos títulos producidos sin su participación, y que pudieran perturbar gravemente el régimen general de ese demanio.

También puede, en teoría, la Administración impugnar judicialmente el acta y así se ha reconocido por el Consejo de Estado en su dictamen de 27 de abril de 1967, pero a nadie se le ocultarán las dificultades de todo género que casi imposibilitarán la realidad de esta impugnación. Pero en tanto ésta se produce, la Administración, «por el principio de separación de fueros y por el propio alcance de la inscripción, que no tiene valor constitutivo, debe respetar el Derecho inscrito, no pudiendo terciar en la calificación del estado posesorio en que se funda, una vez que ha sido acreditado por el procedimiento legalmente prescrito al efecto» (dictamen del Consejo de Estado de 27-IV-1967, Exp. 34.900).

3.423 *Audiencia de la Administración.*—Aparte de los trámites examinados —reconocimiento sobre el terreno e información pública—, se ha suscitado de *lege ferenda* la conveniencia de oír a la Administración. Esta postura se ha defendido por el Consejo de Estado en su dictamen de 23 de junio de 1955 (Exp. 16.354), «invocando el caso de Montes, art. 280, y que tendería a evitar la producción dolosa

de títulos concesionales, así como la contradicción entre los registros administrativos y el de la Propiedad, al que tales actos tienen acceso ordinario». Pero esta audiencia, que debería realizarse por medio de las comisarias de Aguas, carece hoy de virtualidad, ya que, según recuerda el dictamen del Consejo de Estado de 27 de abril de 1967 (Exp. 34.900), es «digno de tenerse en cuenta en la preparación de las reformas procedentes, pero de impropia invocación para resolver situaciones de conflicto bajo el imperio del Derecho vigente».

3.43 *Terminación del acta*

«El notario, practicadas estas diligencias y las pruebas que estime convenientes para la comprobación de los hechos, hayan sido o no propuestas por el requirente, dará por terminada el acta, haciendo constar si a su juicio están o no suficientemente acreditados.» (Regla 6.ª, art. 70.)

La declaración de notoriedad que puede hacerse al principio o al final de la copia expedida al interesado debe ser:

a) *Clara y categórica* de forma, que no deje lugar a dudas.

b) *Completa*, ya que debe definir el modo y forma y referirse a todos los titulares, y el concepto o participación en que lo sean, ya que, al hacerlo para una o varias cuotas o participación solamente, «va en contra de lo dispuesto en los artículos 228 y 229 de la ley de Aguas, así como a la jurisprudencia de este centro anterior a la reforma hipotecaria, y no desvirtuada por ésta, que exige conste en el registro inscrito en su conjunto el aprovechamiento, porque, de lo contrario, se introduciría confusión en los libros registrales y equivaldría a permitir a un comunero disponer a su arbitrio de caudales independientemente de los derechos de los demás (resolución 8-XI-1955) y «evitar que sean semilleros de litigios y crecientes obstáculos al aprovechamiento común de las aguas» (resolución 24-III-1922).

c) *No debe contener preferencias de derechos*, ya que es materia reservada a los tribunales ordinarios, a menos que esta preferencia hubiera sido reconocida por todos los interesados y sea a la vez definidora del modo y forma de utilización del aprovechamiento.

No es necesario que describa el aprovechamiento, siempre que se remita a otra actuación (comparecencia o inspección ocular), en la que la descripción se realice con la necesaria especificación y detalle.

El fallo que supone esta declaración o juicio de notoriedad, como repetidamente se ha hecho constar en este trabajo, constituye una verdadera sentencia judicial, y que resulta notablemente agravado al faltarle la posterior homologación judicial que existe en las demás actas de notoriedad y al versar sobre una materia que afecta tan directamente a los intereses generales. Además, el término «pruebas» no es correcto, pues no sólo se han realizado actividades probatorias.

Finalmente, se incorporará el acta al protocolo con el número y fecha que corresponda a su terminación, que normalmente coincide con la declaración de notoriedad.

3.5 REQUISITOS FORMALES POSTERIORES

«En caso afirmativo, la copia autorizada de dicha acta será título suficiente para que se extienda anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y se pueda iniciar, después de practicada ésta, el expediente administrativo. La anotación preventiva caducará en el plazo establecido en el artículo 86 de la ley o se convertirá en inscripción cuando se presente el certificado prevenido en el artículo anterior. Si fuera presentado después de la vigencia de la anotación, se extenderá la inscripción correspondiente.» (Regla 7.ª y última, art. 70.)

3.51 *Copia total y primera del acta*

La copia que se expida al interesado será literal y total. La regla 7.ª y el modelo XIII de esta anotación preventiva hablan de copia total. En cuanto a los edictos, y con el fin de evitar repeticiones, podrá copiarse íntegramente uno de ellos, y en cuanto a los demás, afirmar el notario que existen otro u otros de igual contenido, o simplemente que se ha cumplido esta diligencia.

3.52 *Legalización*

Cuando ha de surtir efecto en distinto colegio notarial, deberá estar legalizada. Sin embargo, basta que estos efectos se miren desde el ángulo del servicio provincial, pues como dice el Consejo de Estado (Dict. 27-IV-1967, Exp. 34.900), toda vez que, haciendo fe el acta ante cualquiera de los servicios provinciales, no hay necesidad de legalizarla para que siga haciendo fe en los servicios centrales, por cuanto el ámbito territorial de la Administración Central se extiende a todo el territorio nacional, y la actividad de sus órga-

nos periféricos se imputa al concepto unitario de su personalidad jurídica, en virtud del artículo 1.º de la ley de Régimen jurídico.»

3,53 Anotación preventiva

3,531 *Su voluntariedad u obligatoriedad.*—Se discute si es voluntaria o forzosa. Para Sanz es voluntaria, mientras que La Rica opina que, a diferencia de la información posesoria, ésta es obligatoria, pues constituye trámite previo e ineludible para iniciar el procedimiento administrativo de fijación de características. Esta solución es la que estimamos más acertada, pues es la más adaptada a la realidad y la que mejor responde a los antecedentes de la anotación, que vino impuesta precisamente por la contradicción existente entre las normas hipotecarias y la real orden de 2 de enero de 1902, contradicción puesta de manifiesto por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (15) y por don Cirilo Martín Retortillo (16), ya que el registrador de la propiedad no podía inscribir sin la previa inscripción en el Registro de Aguas, y a éste no podía tener acceso sin pasar antes por el de la Propiedad. Además, esta solución es la que responde mejor a la letra del artículo 70: «Será título suficiente para que se extienda anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, y se puede iniciar, *después de practicada ésta*, el expediente administrativo.»

Podrá anotarse preventivamente, «aunque no se determinen con precisión los datos de caudales y demás datos técnicos, que, tomados de la certificación del Registro de Aguas complementaria, se harán constar en el de la Propiedad cuando aquélla se inscriba» (resolución 8-XI-1955), «no siendo necesaria la certificación para practicar la anotación, toda vez que, practicada ésta, se podrá iniciar el expediente administrativo; y, mientras éste no se tramite, no se convertirá la anotación en inscripción» (resolución 2-V-1958).

3,532 *Plazo de duración de la anotación.*—Antes de la reforma del reglamento hipotecario de 1959 había que considerar la anotación dentro del grupo de las practicadas por defecto subsanable del título; el modelo XIII así lo estima (sentencia del Tribunal Supremo 7-XII-1961), y, por tanto, con el plazo corto, sesenta días, prorrogables a ciento ochenta. Este plazo resultaba totalmente insuficiente para la tramitación y terminación del procedimiento administrativo, por lo que la reforma se remite para este caso especial al artícu-

(15) *Las aguas y el Registro de la Propiedad*, 1930.

(16) MARTÍN RETORTILLO, CIRILO: *La inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro especial de aguas*. R. D. P núm. 18.

lo 96 de la ley Hipotecaria, que establece un plazo de vigencia de cuatro años.

También se ha corregido, dando más flexibilidad mediante la prórroga, el rigorismo de la legislación anterior, en la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 6 de febrero de 1960, da al artículo 70: «En las anotaciones por defecto subsanable podrán ser prorrogadas como regla general, según el artículo 204 del Reglamento; pero cuando se trata de anotación por falta de la previa inscripción, existe un procedimiento más sencillo, mediante el cual basta dirigir una solicitud al registrador y que, a su juicio, resulte acreditada la causa que impedía la subsanación del defecto», fácil de acreditar cuando ésta consiste en la falta de la previa inscripción en el Registro de Aguas dada su analogía con el Registro del artículo 205 del reglamento Hipotecario.

3.6 LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Ha sido objeto también de reforma. El modelo 13 exige el valor del aprovechamiento. Esta materia es objeto de discusión en la determinación de la base, si ésta sólo se refiere al dominio público o a la totalidad del aprovechamiento. Se refieren a las actas del artículo 2.º, apartado 6, de la ley de Impuestos de derechos reales y los artículos 5.º, 6.º; 36,1 y 107,1 del reglamento. Estas referencias son a las actas de notoriedad en general.

En el proyecto de reforma de la ley de Aguas, y como medida que tendía a facilitar el acceso al Registro de los aprovechamientos adquiridos por prescripción, en el plazo que se fijaba, previo a la supresión de este medio de adquisición, se preveían unas exenciones y bonificaciones escalonadas y paralelamente a la reducción en los honorarios de los registradores y notarios.

La ley de Reforma tributaria de 15 de junio de 1964 declaró, de conformidad con esta tendencia, exentas en su artículo 146,15 del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados a las actas de notoriedad que se autoricen para la inscripción de aprovechamientos, tanto en el Registro de la Propiedad como en el de Aguas. Esta exención se concede únicamente para las actas que se inicien durante el plazo de cinco años, a contar de la vigencia de dicha ley.

Liquidada, anotada preventivamente y en su caso legalizada, el

acta está en disposición de iniciar el expediente administrativo de reconocimiento del derecho por la Administración, fijación de sus características e inscripción en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas (17).

4. Crítica de la actual regulación

Existe, en cuanto a los títulos, una variada y heterogénea regulación, en la que se mezclan conceptos y criterios dispares. Existe diversidad en la interpretación de lo que prescribe y de cómo se prescribe, ya que, a las dificultades y ambigüedades de la institución en sí misma, se une la distinta formación jurídica de los órganos encargados de aplicarla. Conceptos civiles y administrativos a veces se enfrentan y dan una versión aún más complicada de una realidad ya de por sí bastante compleja. En fin, se desconoce con frecuencia la verdadera naturaleza, régimen y finalidad del demanio hidráulico.

Limitándonos al instrumento normal elegido para la producción de estos títulos, como es el acta de notoriedad, éste adolece de múltiples defectos, mayores que la información posesoria a la que ha reemplazado. Su idoneidad para estos fines ha sido puesta en entredicho, y también su naturaleza, que la hacen difícilmente incasillable en las distintas categorías de actas, y aun dentro de la función notarial, ya que el notario, a la vez que de tal, hace de ingeniero en la determinación de datos técnicos (salto, caudales, etcétera) y de juez al decidir sobre las reclamaciones presentadas.

Tiene defectos de regulación, que se han recogido al examinar los distintos trámites y que son una muestra más de ese defecto tan general en materia hidráulica, como es querer reducir a unidad lo que es variado por destino e importancia. Tiende, como acto final, a iniciar un procedimiento administrativo, que se cita en el comienzo y al final del artículo 70, que la regula, y, sin embargo, no

(17) GONZÁLEZ, BARTOLOMÉ: «Registro de aprovechamiento de aguas públicas», *Revista Tribunales* núm. 38, 1904. FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, RECAREDO: *Los aprovechamientos de aguas públicas*. ELR.D. 5 septiembre 1918, R. D. P. tomo V. Díez LAMANA JM Y ES: *Un caso de propiedad compleja: el agua. Aspectos de un tratamiento registral*. RIVA: *Registro de aprovechamientos de aguas públicas*. Instituto Catalán de San Isidro, Barcelona, 1927. VILLAAMIL DE CÓRDOBA: *Inscripción de aprovechamientos de aguas*. RCDI, 1927.

tiene en cuenta este procedimiento, produciéndose verdaderas antinomias y duplicidad de trámite, que sólo molestias y confusión originan.

5. Conclusiones

Como se ha insistido a lo largo de este trabajo, la subsistencia de los títulos para justificar la usucapión está ligada indisolublemente al problema capital de la persistencia o no de la usucapión como medio de adquirir el derecho a los aprovechamientos de aguas públicas. En la tesis doctoral a que antes se ha hecho referencia se postulaba la desaparición de la usucapión, ya que se la considera como un mito jurídico, como una supervivencia del pasado, pero se condicionaba esta desaparición a la necesidad de que previamente se modificara la concesión de aguas, simplificando y facilitando los trámites, sobre todo en los pequeños aprovechamientos, y adoptando varios tipos de procedimientos, según su destino e importancia.

Pero en tanto esto se realiza, y como medidas que tiendan a corregir o paliar los defectos observados en la tramitación de estos procedimientos, es necesario:

1. Se reconozca la pluralidad de títulos en la justificación del Derecho, sancionando legalmente ese criterio espiritualista del Consejo de Estado, siempre que estos títulos ofrezcan garantías superiores o tramitación más compleja que el acta de notoriedad que se toma como modelo.

2. Se establezca como regla general la intervención de la Administración a través de la Comisaría de Aguas en la producción de tales títulos y en defensa de los intereses generales, dando valor vinculante a los informes que emitan sobre datos técnicos o sobre la afección a los intereses generales.

3. Limitación de la intervención notarial a datos de hecho o jurídicos fácilmente comprobables, eliminando toda referencia a datos técnicos y en especial a caudales, que deben ser apreciados, por funcionario competente e idóneo, en el procedimiento administrativo posterior.

4. Homologación judicial de las actas análogamente a como se realiza en las reguladas en el artículo 203 de la ley Hipotecaria, cuando se presente reclamación, a menos que esta oposición tenga

carácter manifiestamente arbitrario, debiéndose tramitar, siendo apela-
ble, por los trámites de los incidentes, todo ante la autoridad ju-
dicial competente.

5. Limitar la adquisición a un derecho preferente al aprove-
chamiento, suprimiendo en los títulos toda mención al dominio del
aprovechamiento que por esencia tiene carácter imprescriptible.

6. Reducir a unidad la variada y fragmentaria regulación exis-
tente actualmente, procurando la más eficaz y concorde armonía en-
tre los registros a los que han de tener acceso dichos títulos.