

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. RESOLUCIONES COMENTADAS

Aprovechamientos de aguas públicas por usucapión

(Comentario a la Resolución de 2 de marzo de 1958)

SUMARIO: 1) ANTECEDENTES. 2) DOCTRINA. 3) COMENTARIO: A) *Naturaleza del acta.* B) *Objeto del aprovechamiento y de la inscripción.* C) *Circunstancias del hecho posesorio.* D) *Requisitos del acta en relación con lo anterior.*

1) ANTECEDENTES.—Un Notario fué requerido para que extendiese acta de notoriedad a fin de acreditar que las requirentes disfrutaban desde tiempo inmemorial del derecho a regar con las aguas de ciertos arroyos. El Notario, acompañado de las requirentes y de dos testigos, recorrió los cauces de los arroyos, manifestando los testigos que las aguas se consumían desde tiempo inmemorial en las fincas de las requirentes y apreciaron que se hallaban secos los antiguos cauces, y que por nuevas obras observadas se habían desviado las aguas hacia fincas de otros propietarios, que las consumían actualmente. Hubo oposición por parte de dos dueños de esas fincas que, a medio de ciertas obras, aprovechaban las aguas de los arroyos aludidos, cuyas manifestaciones de que desde siempre las venían utilizando corroboraron testigos, que declararon: sin que alcanzaran a las fincas de las requirentes sino cuando por la abundancia de lluvias hay un gran aumento en el caudal de dichos arroyos, lo que rara vez ocurre, por lo que no pueden considerarse de regadío sus fincas. También hubo otras oposiciones. El Notario pidió declaración a varios vecinos, casi todos de bastante edad y algunos de ellos que ya habían intervenido como testigos presentados por los opositores, quienes manifestaron que las fincas de las requirentes se venían regando por las aguas sobrantes de los indicados arroyos, pero que últimamente, desde hacía seis o siete años, por el aumento de huertas arriba de dichos arroyos y por la pertinaz sequía, había disminuído grandemente el caudal, siendo tales sobrantes muy escasos. El Notario dió por terminada el acta el 13 de septiembre de 1950, haciendo constar que, a su juicio, las requirentes tienen adquirido por prescripción el derecho de regar sus fincas con el sobrante que quede de las aguas de dichos arroyos, después de ser aprovechadas por los que tengan ese preferente derecho.

Presentada la copia en el Registro de la Propiedad correspondiente

no fué admitida su inscripción, entre otros defectos, por «no expresarse las circunstancias señaladas en la regla 3.^a del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, pues siendo posible consignar alguna de ellas son éstos indispensables para determinar la naturaleza y extensión del derecho que se trata de inscribir» y por «no constar qué hechos, a juicio del Notario, están acreditados en el acta como fundamento del derecho adquirido, conforme preceptúa el repetido artículo 70 del Reglamento Hipotecario en su regla 6.^a, y no ser procedente la declaración de derechos que en la misma se hace ni dicha declaración de derechos asunto propio del acta regulada por el ya citado artículo 70 del Reglamento Hipotecario».

El Notario recurrió de esa calificación alegando, entre otras cosas, que en el acta se expresan todas las características y detalles de la toma de aguas, habiéndose consignado, con arreglo a la regla 3.^a del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, todos los datos posibles, siendo de tener en cuenta que ni la Ley ni el Reglamento determinan las circunstancias especiales para esta inscripción, que contendrá las generales del artículo 9.^o de aquélla, de posible y adecuada consignación; que constan en el acta los hechos que el Notario considera acreditados como fundamento del derecho adquirido...; y que en cuanto a no ser procedente la declaración de derechos que se hace en el acta, se remite al artículo 201 del Reglamento Notarial.

El Registrador, en su informe, sostuvo, entre otras razones, que algunas circunstancias, como las del punto en que se toman las aguas, se expresan con mucha vaguedad, no sabiéndose si lo hacen directamente del arroyo o después de discurrir por fincas de otros propietarios; que las requirentes no riegan sus fincas en la actualidad ni desde hace seis o siete años, por lo que el acta cae por su base, ya que ha de referirse a hechos actuales y que el Notario vea y pueda dar fe de su realidad; que si dichas interesadas estiman que [les] asiste algún derecho pueden ejercerlo ante los Tribunales de Justicia; que, según la regla 6.^a del citado artículo 70 del Reglamento Hipotecario, el Notario hará constar si los hechos están o no acreditados, y lo que resulta probado del acta es que ni ahora ni desde hace seis o siete años riegan las interesadas sus fincas con las aguas de los arroyos, por consumirlas en su totalidad los dueños de otras fincas, que las aprovechan anteriormente; y que el Notario ha dictado una verdadera sentencia, y los hechos que se trata de acreditar no son objeto del acta que regula el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, para ser probados ante los Tribunales de Justicia en el juicio correspondiente.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota, y la Dirección el auto apelado, con base en la siguiente:

2) DOCTRINA :

1.^a Considerando que el problema planteado en este recurso consiste en determinar si el procedimiento establecido en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario constituye el medio idóneo para hacer constar en el Registro el derecho a un aprovechamiento de aguas públicas adquiridas

por prescripción, cuando en el acta se hace constar que no se disfrutaron las aguas durante seis o siete años anteriores al de la fecha en que se inició el expediente;

2.^a Considerando que *suprimidas* en las reformas 1944-1946 las informaciones de posesión que constituían el único procedimiento para que lograran inscribir sus derechos los titulares de los aprovechamientos de aguas públicas y por no regular la nueva Ley el acceso al Registro de tales aprovechamientos, para atender tal finalidad con las actas de notoriedad, el Reglamento Hipotecario ha establecido el procedimiento del artículo 70, que *fundado en la posesión y disfrute de las aguas*, requieren, entre otras circunstancias, que se haga constar el *volumen* del agua aprovechable, *horas, minutos y días* que en su caso se utilice y el *tiempo* en que el interesado las haya poseído en concepto de dueño;

3.^a Considerando que, aunque la frase «en cuanto sea posible», contenida en la regla tercera del referido artículo, concede cierta flexibilidad al Notario para prescindir de algunos datos *no le faculta para autorizar dichas actas en casos como el que motiva este recurso, en que la falta total del agua impide consignar debidamente por su apreciación directa y la de los testigos ninguna de las circunstancias de referencia indispensables para que el aprovechamiento quede descrito con cuantos datos contribuyen a su más perfecta determinación e identificación*;

4.^a Considerando que, conforme al artículo 209 del Reglamento Notarial, las actas de notoriedad sirven para comprobar y fijar hechos notorios en un determinado lugar y tiempo, sobre los que pueden ser declarados derechos, y por ello deben ser utilizados con estricta sujeción a los requisitos legales, para que *el juicio del fedatario se funde sobre la notoriedad del hecho*, y cuando se trata de aprovechamientos de aguas públicas hay que estimar *inadecuado* su empleo, y que no serán inscritas en el Registro si resultan de las manifestaciones recogidas en el acta y del juicio del funcionario autorizante *la inexistencia actual de las aguas, base del posible aprovechamiento*, aunque pueda haber sido probado que las requirentes utilizaron *esporádicamente las sobrantes* en épocas en que la abundancia de *aguas pluviales* lo consintió.

3) COMENTARIO.

A) *Naturaleza del acta.*

Evidentemente, es un acta de notoriedad, de las introducidas en nuestra Patria por el Reglamento Notarial (R. N.) de 8 de agosto de 1935. Aunque en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario (R. H.) de 14 de febrero de 1947 no se le califica expresamente, resulta así del Modelo XIII, anejo al mismo, por el que se da la fórmula para la extensión de la anotación preventiva, prevista por el Reglamento.

Por tanto, su tramitación será, además de la específica de dicho artículo 70 del Reglamento Hipotecario, por las normas generales contenidas en el Reglamento Notarial para las actas de notoriedad (arts. 209 y 210), y aun para las actas en general (arts. 197 y 198).

Estas actas, en cuanto a este punto, han venido a sustituir a las antiguas informaciones posesorias, o expedientes posesorios. Ya Aragónés (1), al comentar el Reglamento de 1935, sostenía que las flamantes actas de notoriedad podían tener por objeto «la posesión de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos, cuya justificación, a efectos de su inscripción en el Registro de la propiedad, anteriores disposiciones reservaron para procedimientos distintos y ante otras autoridades».

La resolución que comentamos, en su segundo considerando, recoge este carácter de actas sustitutivas de las informaciones posesorias, que fueron suprimidas en la reforma 1944/1946, sin que la ley nueva regulara el acceso al Registro de tales aprovechamientos.

Ahora bien, ¿sobre qué recae el *juicio final* que el Notario ha de pronunciar? La Resolución, en su *considerando quinto*, declara que el Notario emite su juicio sobre la *notoriedad del hecho* que sirve de base al aprovechamiento. Con ello, se adscribe a la tesis sostenida por Cámara (2), para quien el juicio del Notario no debe referirse a la exactitud de los hechos alegados por el requirente; y por La Rica (3). Nosotros hemos sostenido, en cambio (4) que lo que se trata de acreditar es el hecho de la adquisición por prescripción de un aprovechamiento de aguas públicas, —título material— y que este hecho se ha de acreditar *por medio de acta de notoriedad* —título formal—, y concluimos: «La notoriedad no es la que se acredita, sino que la notoriedad sirve para acreditar el hecho de la adquisición por prescripción». Pese a lo declarado en la Resolución que comentamos, seguimos manteniendo, aunque sólo sea a efectos doctrinales, esta interpretación.

B) Objeto del aprovechamiento y de la inscripción.

Y esto nos lleva a un punto muy importante, básico para el estudio de los demás pronunciamientos de la Resolución: ¿Cuál es el objeto del aprovechamiento? ¿Qué es lo que se inscribe en el Registro?

Trátase de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción, de acuerdo con lo preceptuado en la legislación vigente. Así dispone el artículo 149 de la Ley de aguas de 13 de junio de 1879:

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

(1) JOSÉ ARAGONÉS ANDRADA: *Novedades del Reglamento Notarial. Las actas de notoriedad*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», año XI, 1935, núm. 129, septiembre, pág. 648.

(2) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español*, Madrid, II Congreso Internacional del Notariado Latino, octubre 1960, pág. 58.

(3) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, primera parte, pág. 38.

(4) MARCOS GUIMERA PERAZA: *Las actas de notoriedad del artículo 76 del Reglamento Hipotecario (Aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción)*, «Revista Jurídica de Cataluña», mayo junio, 1956, pág. 210.

Y el Código civil, en su artículo 409 :

«El aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere :

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

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

Y en su artículo 1957 :

«El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante veinte años, entre ausentes, con buena fe y justo título».

Es, en una palabra, una forma de usucapión, por tiempo de veinte años.

Como bien dice *La Redacción* de la R.C.D.I. (5), lo que se adquiere es el *dominio*, ya que la posesión del agua es la que produce la prescripción y la subsiguiente adquisición del dominio, si ha tenido buena fe (que se presume siempre) y justo título (que se ha de demostrar).

Por tanto, esta adquisición puede sintetizarse así : *La posesión*, durante un determinado *tiempo* (veinte años), produce por *usucapión* la adquisición del *dominio* de un aprovechamiento de aguas públicas.

Esto último se comprueba con la tesis de varios autores, como Roca (6) y Sanz (7), que entienden que el expediente de dominio es también medio idóneo para lograr la inscripción en el Registro de estos aprovechamientos. Y por nuestra parte creemos que lo que se inscribe en el Registro de la propiedad es el derecho de aprovechamiento de aguas, *el dominio privado* de dicho aprovechamiento, por el título de *prescripción adquisitiva o usucapión*, a favor del requirente.

C) *Circunstancias del hecho posesorio.*

Queda claro con lo antes expuesto, que la base de todo está en la posesión, en el hecho posesorio. Lo demás, o es requisito concurrente (tiempo), o es consecuencia de ambas cosas (usucapión).

Ya Roca había calificado al acta del artículo 70, como «acta notarial de *posesión* de aprovechamientos de aguas públicas»; añadiendo que «tienen por objeto acreditar el tiempo que el interesado lleva de *posesión*, en concepto de dueño del aprovechamiento de aguas correspondiente». Y Cámara afirma : «Su objeto está constituido por la práctica de una prueba, tendente a la comprobación por parte del Notario de *un hecho, la posesión en concepto de dueño* del detentador del aprovechamiento, prescindiendo de la notoriedad de aquél». Para ambos, pues, la posesión es el todo, aquello que

(5) LA REDACCIÓN: *Las aguas públicas y el Registro de la Propiedad*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», inserto en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, de don JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Madrid, 1948, tomo II, pág. 181.

(6) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, tomo II, pág. 136. Bosch.

(7) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, Rous, 1968, tomo II, pág. 228.

hay que acreditar, lo que constituye el verdadero objeto del acta de notoriedad. Por tanto, ahora habremos de poner todo esto en relación con las declaraciones de la Resolución que comentamos.

Comienza el Centro Directivo por preguntarse (*considerando primero*) si el procedimiento del artículo 70 puede ser el idóneo «cuando en el acta se hace constar que no se disfrutaron las aguas durante seis o siete años anteriores al de la fecha en que se inició el expediente»; continúa afirmando que dicho procedimiento está fundado «en la posesión y disfrute de las aguas» (*considerando segundo*); para concluir terminantemente (*considerando quinto*) que hay que estimar inadecuado en su empleo si resulta «la inexistencia actual de las aguas, base del posible aprovechamiento, aunque puede haber sido probado que las requirentes utilizaron esporádicamente los sobrantes en épocas en que la abundancia de aguas pluviales lo consintió». Esto es la más grave de las afirmaciones. Veamos, pues, el tema con cierto detenimiento.

Sabido es que posesión es tanto como *positio pedium*, lo que Las Partidas llaman «ponimiento de pies». Y que una de las categorías de la posesión, precisamente la de grado superior, es la *possessio ad usucapionem*, que tiene el efecto de ser apta para producir la usucapión y consiguiente adquisición de la propiedad. Es esta posesión la que aquí se está considerando.

Pero ¿cabrá afirmar por ello que no puede haber más posesión, susceptible de producir la usucapión del dominio, que aquella meramente física que revela una de sus etimologías y que recogió la legislación del Rey Sabio? Estimamos que no, que esto no puede sostenerse, como al parecer requiere la Dirección. Un texto de Próculo (D. 41, 2,27) ha venido siendo citado por los autores como revelador de que la posesión puede ser conservada *animo solo*. Pero aunque ello no lo admitiéramos tampoco, por oponerse a la doctrina más común del *corpus* y *el animus*, podría entenderse, al menos, y así se ha hecho, como una atenuación de los supuestos materiales de la adquisición, al valorar con criterios menos exigentes los elementos materiales de la posesión.

El pasaje de Próculo se refiere a los pastos utilizados solamente en una estación y abandonados el resto de año (*saltus hiberni et aestivi*). Era natural que se admitiere —*utilitatis cause*, como señala Próculo— que la posesión se conservare en los intervalos del periódico disfrute, sin necesidad de ocupar permanentemente los pastos o confiarlos a un sustituto» (8). «La posesión se mantiene no ya porque el titular tenga solamente el «animus», sino porque el titular, de hecho y según la apreciación común, no puede decirse que haya cesado en la realización de su señorío sobre las cosas».

A nosotros nos parece claro que es posible una posesión de tipo intermitente, que se efectúa cuando otra posesión preferente no actúe sobre la cosa a poseer. Y si esta materia es agua corriente, con mayor razón. Si son perfectamente compatibles aprovechamientos diurnos con aprovechamientos nocturnos, pertenecientes a diferentes dueños, no vemos obstáculo alguno a que pueda haber un aprovechamiento preferente, de los titulares de predios

(8) Así lo afirma nuestro prestigioso amigo y compañero el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna, ANTONIO MARTÍN PÉREZ: *La Posesión*, Madrid, 1963, pág. 144 (Editorial Noticiero, S. A., Zaragoza).

situados más arriba en relación con el cauce de que se derive el agua, y que los titulares de predios inferiores, situados aguas abajo, sólo aprovechen el sobrante que quede después de la utilización por los titulares preferentes. Estos sobrantes pueden no llegar a existir en inviernos secos, pero pueden tener realidad en inviernos de lluvias abundantes, que den lugar a unos aprovechamientos incluso importantes. Permítasenos que aquí recojamos la realidad de las Islas Canarias, a las que pertenecemos por nacimiento y adscripción profesional, y en las que hemos vivido durante todos los años que llevamos en ejercicio del cargo.

En Canarias no hay ríos, ni arroyos. En Canarias llueve poco. Consiguientemente, en Canarias hay escasa agua. Hay, eso sí, barrancos muy profundos, por los que, en los inviernos de lluvia abundante, corre torrencialmente el agua. A veces, se pasan años y años sin llover, prácticamente con sequía absoluta, los que alternan con otros períodos de lluvias regulares, que ocasionan grandes avenidas. Estos períodos, de movimiento pendular, han sido a veces de más de diez años.

Por tanto, al no existir aguas continuas de carácter público, los aprovechamientos en los barrancos son de carácter intermitente, en los períodos de lluvias abundantes. Es ya de estilo la frase con que, en las actas de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, se reseñan las aguas: «Aprovechamiento de aguas pluviales y por tanto, discontinuas»; situación que sirve de base a otra afirmación posterior: «siendo imposible el fijar el volumen del agua aprovechable, así como los días, horas y minutos de utilización del derecho, por tratarse de aguas pluviales y por consiguiente discontinuas». Creo no exagerar si afirmo que el 90 por 100, al menos, de las actas de notoriedad tramitadas en Canarias desde la vigencia del Reglamento Hipotecario de 1947, llevan esas afirmaciones, que, naturalmente, responden en un todo a la realidad. Esas actas se han tramitado por los Notarios, anotado preventivamente y luego inscritas por los Registradores, e inscritas además en los Registros Administrativos de Obras Públicas, sin que hasta la fecha, que sepamos, haya surgido dificultad alguna. Y es que en la posesión intermitente vemos la solución práctica del problema que la Dirección se plantea en la Resolución que comentamos, sin que un aprovechamiento preferente excluya e impida, sin más, todo aprovechamiento posterior.

D) Requisitos del acta, en relación con lo anterior.

La regla 3.^a del citado artículo 70 del Reglamento Hipotecario, exige la constitución del Notario y testigos en el sitio del aprovechamiento, para allí consignar, en cuanto fuere posible, determinadas circunstancias (como tomadero por el que se derivan las aguas, cauce de donde se toman, volumen del agua aprovechable, tiempo de utilización del derecho, tiempo que se lleva de posesión, etc.). Así lo recuerda el *considerando segundo* de la Resolución, que declara en su *considerando tercero* que «la falta total del agua impide consignar debidamente por su apreciación directa y la de los testigos ninguna de las circunstancias de referencia indispensables para que

el aprovechamiento quede descrito con cuantos datos contribuyan a su más perfecta determinación e identificación».

La descripción del tomađero y del cauce no tiene mayor complicación. Se hará alusión al punto donde se encuentran, con referencia a otros fijos cercanos, y se describirán someramente, con datos acerca de su construcción, etcétera. El volumen sí, y por ello debe hacerse en términos generales, pues en definitiva habrá de ser la Jefatura de Obras Públicas la que determine el volumen exacto del aprovechamiento (9). El tiempo de utilización del derecho ya hemos visto que, en muchos casos, es de imposible constancia, por tratarse de aguas pluviales y, por tanto, discontinuas. El tiempo de posesión se hará constar por el dicho de requirente y testigos.

De Canarias podemos decir que los barrancos se hallan secos en primavera y verano —de abril a septiembre— y con aguas rápidas en otoño e invierno —de octubre a marzo—. Por ello, la mayoría de las actas se autorizan en verano, cuando el estado del terreno y la sequedad de los cauces, sin agua corriente, permiten recorrer los barrancos quebradísimos y hacer constar todas las circunstancias pertinentes. En inviernos con agua es, punto menos que imposible practicar estas diligencias, por estar intransitables los caminos, terrenos y barrancos. ¿Va a sostenerse que, porque el Notario y los testigos *no vean* el agua, no existe aprovechamiento, y por tanto, no puede constatarse en acta? Francamente, nos parece excesivo y hasta injusto en situaciones como las que hemos expuesto.

MARCOS GUIMERÁ PERAZA

Notario

(9) CIRILO MARTÍN REPORTELO: *La inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro especial de aguas*, «Revista de Derecho Privado», tomo XVIII, 1931, pág. 375, entendía que debería hacerse así, tanto por lo que respecta al volumen como a las características técnicas del aprovechamiento hidráulico.