

La servidumbre forzosa de acueducto por interés privado *

CIRILO MARTIN - RETORTILLO
Abogado del Estado en el Tribunal Supremo

I

CRECIENTE INTERÉS ACTUAL DE ESTE TEMA

La servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado es una institución poco estudiada, y como su regulación actualmente, dadas las nuevas técnicas agronómicas, resulta deficiente, cada día son mayores los conflictos que surgen, y las trabas administrativas de la vieja legislación se mantienen, lo que complica, y en muchos casos dificulta, el normal y pacífico desarrollo de ellas.

Se mantiene una regulación heterogénea con base predominantemente administrativa, elaborada en etapas sucesivas sin unidad de pensamiento, con demasiados recelos para los propietarios con onerosos trámites dilatorios y un tanto enojosos al no haber hecho una diferenciación racional, atendida la importancia de la obra. Los mismos trámites se exigen para el acueducto, importante y trascendental, que para la pequeña servidumbre, de escaso contenido económico pero de indudable utilidad en los pequeños regadíos.

Es interesante, a nuestro pobre criterio, corregir y rectificar la legislación vigente para llegar a una ordenación sencilla que garantizando los derechos de todos los afectados por dichas servidumbres pueda facilitar de una manera eficiente y siempre ordenada el desarrollo y aplicación de estas servidumbres, máxime en nuestros días, en que por la expansión creciente de los nuevos regadíos, impuestos, de un lado, por la intensa política de fomento, tan acusada en estos últimos años, y, de otro, por las nuevas técnicas agronómicas y exigencias de tipo económico social, que han despertado en los hombres del campo un laudable afán de mayor producción. Todo ello ha determinado una superestimación del agua como elemento esencial y básico para el cultivo de la tierra, determinante de óptimas cosechas, tanto por sus mayores rendimientos como por la posibilidad de efectuar cultivos más remuneradores. Por otra parte, los prolongados estiajes de los últimos años determinaron en muchos sectores agrícolas que se

* Dedico este trabajo al Profesor de la Central, don Luis Jordana de Pozas, con motivo de su jubilación.

lanzasen a la búsqueda del agua como medio necesario e indispensable para asegurar cosechas que viniesen a paliar los desastrosos resultados de los cultivos de secano. De ahí que sea mayor el número de acueductos que día tras día se intentan establecer en el campo español, que en ocasiones se frustran por la falta de elasticidad de la normativa legal vigente. Mas como no siempre el deseo del titular del predio dominante es atendido por el propietario o arrendatario del predio sirviente, surgen los conflictos, que se mantienen en ocasiones con cierta violencia mientras dura la larga tramitación del expediente administrativo, y que perdura en ambiente de gran pasión si la resolución administrativa que recaiga se somete a revisión ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, como órgano competente para conocer y fallar el recurso contencioso-administrativo, que puede iniciarse contra la resolución que dicte la Dirección General de Obras Hidráulicas al resolver en vía administrativa la alzada que promuevan contra el acuerdo de la Dirección de la Confederación Hidrográfica ante la que se iniciara el correspondiente expediente administrativo.

Precisamente por el matiz preponderantemente administrativo que se concede en nuestra legislación a estos expedientes, se olvidan en muchos casos aspectos de orden civil que es necesario respetar y considerar en todo su contenido para un exacto pronunciamiento sobre el particular y para el desarrollo hipotecario que pueda tener esta institución.

Estas reflexiones aconsejan a nuestro criterio hacer un estudio histórico del régimen jurídico moderno de esta institución, ya que sólo así podremos valorar el alcance de algunos preceptos fundamentales que aunque parezca extraño motivan discusión en nuestros días, ya que, por otra parte, tampoco la jurisprudencia llegó a perfeccionar su doctrina en orden a la aplicación de estos preceptos legales.

II

SU CONFIGURACIÓN COMO SERVIDUMBRE

Tanto la doctrina como la legislación unánimemente proclaman en nuestros días que se trata de una verdadera servidumbre, siendo, por tanto, de aplicación la doctrina general, por lo que no nos entretendremos en disquisiciones sobre este particular, omitiendo considerar la vieja sutileza de que el acueducto forzoso, más que una servidumbre, era una mera limitación de la propiedad, o restricción de la misma por razones de vecindad. Esto está ya superado y, como antes decimos, tanto los textos legales como los tratadistas lo configuran como una auténtica servidumbre (1).

(1) GARCÍA GOYENA en *Concordancias...* tomo I, Madrid 1852; LASTRE F. *Las Servidumbres*, Madrid 1877; DE BUEN en la *Enciclopedia Seix*; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, PÉLLA y FORJAS, *Tratado de las Relaciones y Servidumbres*, Barcelona 1901.

Decían COLIN y CAPITANT que las servidumbres son un elemento indispensable de la organización jurídica de la propiedad territorial, tanto de la rural como de la edificación. Facilitan la explotación y el cultivo de las tierras; permiten que los fundos alcancen todo su valor, aumentando la utilidad que se puede obtener de ellos. Sin duda, estas ventajas sólo se obtienen mediante una limitación, algunas veces bastante sensible, impuesta al fundo sirviente; pero esta limitación no puede ser comparada con la utilidad que la servidumbre presenta para el fundo dominante. ¿Se puede comparar —añaden—, por ejemplo, la ventaja que presenta para su titular una servidumbre de acueducto? (2).

En la misma línea se sitúa MESSINEO cuando afirma que "La función de las servidumbres ha sido originariamente, y lo es todavía, la de favorecer el progreso de la agricultura y de la edificación mediante el acrecentamiento de utilidad que el fundo dominante adquiere con la servidumbre". En el mundo moderno —añade— el campo de aplicación de la servidumbre predial se ha venido ampliando, hasta extenderse al destino industrial de los fundos, lo que presupone que la industria esté vinculada al fundo dominante, y que éste sea como el instrumento necesario de la industria misma, de manera que sin el presupuesto del fundo, la servidumbre industrial sería inconcebible (3).

Las servidumbres prediales, según HEDEMANN (4), nos han sido legadas por los usos jurídicos de otros tiempos, "y son todavía una pieza imprescindible en el aprovechamiento de la tierra" (5).

JOSSERAND destaca que toda servidumbre constituye una carga, pero a la vez se establece "en provecho de una heredad, como si dicho fundo dominante fuera el verdadero titular de la servidumbre; para él, para su uso o para su utilidad, debe ser establecida la servidumbre" (6).

En nuestro Derecho patrio la Dirección General de los Registros en la Resolución de 11 de abril de 1930 declara que las servidumbres respondían, de un lado, a la necesidad social de obtener el mayor rendimiento de los bienes naturales y, de otro, a la indiscutible conve-

(2) Curso elemental de Derecho Civil, Edic. Reus, Madrid 1923. Tomo II, vol. II, pág. 789.

(3) MESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, tomo III, página 401.

(4) HEDEMANN, Tratado de Derecho Civil, Derechos reales, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 216.

(5) MAX KASER hace notar que los derechos de usufructo y de servidumbre surgieron como caso de aplicación de una propiedad funcional dividida, que en una etapa más avanzada, se extinguieron del núcleo o dominical y fueron configurados como Derechos reales independientes.

Según Grosso, la concesión más antigua adjudicaba al propietario de un fondo la propiedad de un camino o de un acueducto situado en un predio vecino, por lo que se trataba de una especie de copropiedad entre quien para nosotros es ahora titular de una servidumbre y el propietario del fundo atravesado. Posteriormente del concepto de la copropiedad de un paso o de un acueducto se pasó al de tener el derecho de pasar o de conducir agua a través del fundo vecino y en beneficio del propietario, *Storia del Diritto Romano*, Torino 1949, página 134.

(6) Derecho Civil, tomo III, Buenos Aires 1950, pág. 78.

niencia de no amortizar el suelo nacional. El propio Código civil en su artículo 530 consagra el principio de utilidad como esencial en toda servidumbre; sin utilidad, sin provecho sensible, no tendría razón de ser la servidumbre en derecho. Según el citado artículo la servidumbre es gravamen sobre un inmueble "en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño".

Esta característica utilitaria de toda servidumbre alcanza un mayor relieve tratándose de la servidumbre de acueducto. Precisamente su regulación tuvo un sentido popular, incluso político, captado en las distintas etapas por los hombres de gobierno, muy especialmente en los últimos años del pasado siglo.

En los programas políticos de tiempos pasados ha venido figurando constantemente en los planes de fomento ideados en los períodos de lucha política, la realización de obras de irrigación, no siempre meditadas por ausencia de criterios técnicos documentados, pero que, indudablemente, respondían a un anhelo ciudadano. En el año 1841, ORTIZ DE ZÚÑIGA (7) escribía que "el riego de las tierras merece llamar la atención por su importancia e influjo en la prosperidad de la industria agrícola. Desde el feliz reinado de Carlos III se encargó muy encarecidamente en la Instrucción de Corregidores que éstos, en cuyas atribuciones económicas han sucedido los alcaldes, facilitaran la fertilidad de los campos con el aprovechamiento de todas las aguas aplicables al cultivo de las tierras; procurando para lograrlo sacar acequias de los ríos, sangrándolos por sus parajes más convenientes, sin perjuicio de su curso y de los términos y distritos inferiores; y que se informaran en dónde se podría y sería ventajoso abrir nuevas acequias convenientes para regar la tierra".

Esta constante preocupación determinó a BRAVO MURILLO y a otros juristas de la época, como Alejandro OLIVÁN, para llevar al Parlamento el proyecto que luego mereció ser ley, y que brevemente examinaremos más adelante.

Aunque hubo alguna resistencia al ordenamiento jurídico de esta servidumbre por interés privado, más por razones políticas que jurídicas, por considerar que era un avance impuesto por el movimiento progresista, es lo cierto que bien pronto los tratadistas de aquella época legitimaron con abundantes razones jurídicas esta institución. Según GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, la consecuencia de llevar las aguas "a terrenos estériles o poco productivos para hacerlos fértiles y fecundos; la de fomentar las industrias útiles y hasta necesarias a la vida con el establecimiento de fábricas y artefactos en que el agua es el principal motor", han sido las poderosas consideraciones que ha tenido en cuenta el legislador para la imposición de esta clase de servidumbres (8).

(7) El libro de los Alcaldes, Granada 1841, tomo I, pág. 191.

(8) Elementos de Derecho Civil y Penal, Madrid 1871, tomo I, pág. 80r.

En el mismo sentido se expresaba NAVARRO AMANDI en su Código Civil de España, Madrid 1870: el grande interés e importancia, decía, que tiene para

F. ABELLA, en el tomo III de su *Derecho administrativo*, escribía: "La servidumbre legal de acueducto es de imperiosa necesidad, si ha de darse a la agricultura la protección debida y si se ha de procurar la extensión del cultivo; en otro caso, la suerte de un término, por ejemplo, dependería de la voluntad del dueño de una finca rústica por la cual no permitiera pasar las aguas que habían de dar vida y lozanía a los campos de aquél, sacando a los propietarios de la miseria y elevándolos a la riqueza" (9).

Estos argumentos se repitieron en las publicaciones de la época, si quiera principalmente se referían a las que se denominaron servidumbres rurales en beneficio de la agricultura (10).

No olvidemos que los juristas españoles del pasado siglo exaltaron quizá en demasía los efectos beneficiosos y el carácter utilitario de las servidumbres, llegando a decir Pedro NOLASCO BLANCO y Marmerto Díez, que la utilidad y conveniencia de las servidumbres no podían desconocerse de ningún modo, pues "por su mediación conseguimos servirnos y utilizarlos particularmente y con provecho general de infinitas ventajas que de otro modo todos careceríamos: ellas son seguramente un elemento de pública felicidad y un manantial perpetuo que proporciona y facilita el desarrollo del cultivo, promueve los adelantos en este ramo tan indispensable..." (11).

Esta servidumbre tiene matices especialísimas que no deben ser olvidados, pues no se trata solamente de un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, conforme al concepto clásico de nuestro Código civil, reproducido en el artículo 1.027 del moderno Código italiano de 1942, ya que juega papel preponderante en ella otro bien de contenido económico muy estimable, cual es el aprovechamiento de un caudal de agua. Y con razón PUIG BRUTAU dice que esta servidumbre es complementaria de un aprovechamiento principal, el agua (12). Es decir, que la servidumbre de acueducto ofrece la particularidad de que se establece en beneficio de un predio dominante

la Agricultura y para la Industria la servidumbre de acueducto, movió al legislador a decretar su imposición en todos aquellos casos que la necesidad y utilidad lo requieran, pág. 377.

(9) *Derecho Administrativo Provincial y Municipal*, tomo III, Madrid 1877, página 503.

(10) *El Libro del Propietario*, de DANVILA, Madrid 1901. Alcanzó esta obra una gran difusión y autoridad, sobre todo en sus primeras ediciones, en las que condensando el pensamiento, que predominaba en los juristas de fin de siglo, decía: La servidumbre de acueducto, es una de las más importantes y más frecuentes, porque de ella depende en gran parte la prosperidad de la agricultura y de la industria. Sin esta servidumbre, no es posible organizar un sistema completo de riegos y he aquí por sólo esta indicación, justificada aquella importancia. Aun cuando ceda en utilidad inmediata de un propietario, se considera también como pública, por los intereses colectivos de los agricultores que protege. Pág. 244.

(11) *Examen Histórico Filosófico de la Legislación Española*, Madrid 1845, tomo II, pág. 330.

(12) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pág. 423. Se contienen muy atinadas observaciones sobre esta servidumbre, valorando en sus justos límites los preceptos que contiene el Código Civil en relación a la misma.

—tierra o industria—, mediante la utilización de otro bien, el elemento que es el agua.

El maestro DE DIEGO, con singular acierto, configuró también el acueducto por interés privado como una auténtica servidumbre legal. Las servidumbres legales de interés privado son forzosas, como las de interés público, pero la diferencia está “en que éstas redundan más directamente en beneficio de la colectividad, mientras que las de interés privado aprovechan algo más remotamente a la comunidad, pues por ellas son favorecidos, en primer término los particulares, pero no éste o aquél”, sino todos los que se encuentran en situaciones dadas (12'). La conexión de estas últimas con el orden social es evidente, así lo proclamaba el señor DE DIEGO, y anticipando su juicio a la opinión de juristas de nuestros días, señalaba la relevancia social de este grupo de servidumbre en estas cortas líneas, “porque sirven al mejor cultivo del campo y explotación del suelo y de la riqueza nacional”. De esta forma todo lo que hoy se cifra como política de fomento y constituyó bandera durante la república para una reforma social agraria quedaba reflejado en el texto de don Felipe Clemente DE DIEGO. Otra ventaja señalaba tan ilustre autor a estas servidumbres legales de interés privado, y era que, desde el punto de vista jurídico, “dirimen por adelantado las controversias y evitan los conflictos que sin duda resultarían de dejar esto al arbitrio de los particulares”.

Efectivamente, mediante la servidumbre legal de acueducto se abre una posibilidad de ventajas agro-sociales indiscutibles al permitir el aprovechamiento integral de predios que de no recibir los beneficios del riego, sus rendimientos serían nulos o muy escasos, y se permite alcanzar estos beneficios, evitando discordias, reyertas generalmente apasionadas, si hubiera de quedar esto al capricho de los particulares, que no siempre sienten el afán de cooperación con sus semejantes y que muchas veces se rebelan cuando para obtener el bien ajeno han de experimentar una alteración de su situación patrimonial.

Como luego veremos, uno de los aciertos que, a nuestro parecer, tuvo el Código civil fué precisamente subsanar la omisión que ofrecía la legislación administrativa sobre este particular, configurando como auténtica servidumbre el acueducto por interés privado.

III

ANTECEDENTES

Es instructivo conocer algunos antecedentes y, sobre todo, tener en cuenta cómo se incorporó al Derecho positivo nacional la regulación de esta servidumbre que, como antes decimos, viene suscitando en la práctica un sinnúmero de incidencias y abundantes pleitos.

Tuvo esta servidumbre mucho arraigo en nuestro país, pero en re-

(12') Ob. cit., pág. 271.

También GAY DE MONTELLAR, *Servidumbres en materia de aguas*, Ed. Reus, abunda sobre este particular.

ducido ámbito que se limitaba en el espacio de las comarcas donde desde antiguo los regadíos adquirieron gran desarrollo. Su regulación se contenía en las Ordenanzas peculiares de esas zonas o en normas de derecho consuetudinario, pero, en cambio, tardó en incorporarse al derecho positivo nacional, como norma de derecho general.

El período constitucional con sus avances legislativos (13), dentro de una dogmática un tanto individualista, impuso un sentido nacional que la Constitución de Cádiz perfiló en su artículo 1.º, "la nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios". A medida que fué ampliándose el cultivo de regadío, las discordias e incidencias entre los regantes se suscitaban con frecuencia, en tonos de mayor violencia, sobre todo en los veranos, cuando la escasez de agua se dejaba sentir y la perspectiva de pérdida de cosechas avivaba un mayor interés por tan preciado elemento. En las zonas sin tradición de regadío, se frustraba el aprovechamiento de buenas tierras, ya que se acusaba en demasía un sentido individualista, y fueron muchos los propietarios que disponiendo de agua para el riego no lograban el generoso asentimiento de los dueños de aquellos predios por los que había de pasar el agua con la que pretendía fertilizar las tierras no contiguas al manantial o al caudal disponible. Esto producía choques y desavenencias cada vez más intensos, sin solución posible, ya que la legislación, fuera de aquellas comarcas donde el riego tenía hondas raíces y de secular tradición por sus ordenaciones debidamente aprobadas y respetadas, nada decía sobre el particular.

Se publica en Francia la Ley de 29 de abril de 1845, en la que se establece la servidumbre legal que permite obtener el paso del agua, a pesar de la voluntad en contrario de los demás propietarios, mediante una previa y justa indemnización pagadera en dinero.

La Ley francesa de 1845 encomendaba al Juez la facultad de denegar el paso de las aguas si no se demuestra su utilidad debidamente, limitando su aplicación a los caudales que se dediquen al regadío.

Esta Ley mereció la mejor acogida, tanto por los economistas como por los juristas, siquiera coincidían todos en destacar que la Ley de 1845 fué poco ambiciosa y no tuvo "más finalidad que favorecer a la agricultura". No era extraño, pues aún imperaba en Francia, con atenuaciones crecientes, la Escuela Fisiócrata y seguía teniendo vigencia el dogma de Quesnay: *L'agriculture est la source de toutes les richesses de l'Etat*.

(13) DIAZ CASSOU P., en sus *Ordenanzas y costumbres de la Huerta de Murcia*, Madrid 1880, señala "como título de gloria para el regadío murciano, que en él existió antes que en otro alguno de España, la servidumbre forzosa de acueducto, según declaración de una Ordenanza de la era de 1374 y que fué declarada todavía en la Compilación de 1695"; es indudable que hay antecedentes localizados en zonas que de antiguo vienen practicando el regadío, aunque se hace difícil proclamar cuál de ellos pueda ostentar una prioridad sobre los restantes. Particular interés ofrece también el estudio de las Ordenanzas para el gobierno y distribución de las aguas que riegan la huerta de la ciudad de Orihuela, así como el trabajo de L. MUR VENTURA, sobre *Los regadíos en la Hoya de Huesca*. Huesca 1913.

IV

LEY DE 1849

España seguía sin regulación adecuada de ámbito general de esta servidumbre, no obstante acusarse cada vez más la necesidad de una normativa adecuada de la misma. En 1847 se hizo cargo del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas don Juan BRAVO MURILLO, uno de los gobernantes más capacitados del pasado siglo, que supo rodearse de colaboradores de gran prestigio, como el altoaragonés Alejandro OLIVÁN, don Manuel José QUINTANA y otros. OLIVÁN, expatriado durante largos períodos en Francia, conocía perfectamente la legislación y el movimiento científico de dicho país. Diputado a Cortes por Huesca, nacido en uno de los más bellos lugares del Valle de Tena, sentía estos anhelos de aprovechamiento de riegos, ya que en su propio país nativo iba en aumento el aprovechamiento de los riegos y era necesario imponer con carácter forzoso esta servidumbre. Su colaboración con BRAVO MURILLO fué activísima, y según parece, Alejandro OLIVÁN redactó el Proyecto de Ley que fué presentado al Senado el 22 de abril de 1849.

Concretamente, este Proyecto de Ley se titulaba como de "exención de toda contribución" a los capitales que se empleen en la construcción de canales, acequias, brazales, pantanos y demás obras de riego, e independientemente el Gobierno tenía presentado el Proyecto de Ley referido concretamente a la servidumbre de acueducto. Pasados estos proyectos a dictamen, la Comisión del Senado, con fecha 4 de mayo de 1849, en un magnífico dictamen, propone la refundición de estos proyectos, que justifica con verdadera precisión técnica en su exposición de motivos, destacando la preocupación que ya en aquel tiempo se sentía por un aumento de la producción agrícola. En dicha exposición se dice:

"... Pero como sucede con frecuencia que para beneficiar las aguas sea preciso conducir las a través de terrenos de propiedad ajena, y si bien estos casos se hallan previstos en muchas Ordenanzas municipales y en la legislación de algunas provincias de Levante, señaladamente en las de Valencia y Cataluña, el Gobierno se había ya ocupado de un proyecto de ley sobre la servidumbre legal de acueducto o paso de agua, y la Comisión ha estimado que podían unirse los dos proyectos en uno solo. No se oculta a la sabiduría del Senado que no es ésta una novedad introducida de extraños Códigos, pues acaso en ningún Estado hay leyes más antiguas que en España sobre la materia. Es notable, sobre todo, la Constitución de Cataluña acordada en las Cortes de Monzón en 1585, en la que se declaró esta servidumbre sobre todas las tierras sin distinción de eclesiásticas o señoriales, o de otros cualesquiera dueños, precediendo una sumaria justificación de la conveniencia de la obra y la indemnización del precio con los daños que, a juicio de árbitro, haya de pagarse."

Como puede apreciarse, supone una perfecta construcción técnica este dictamen de la Comisión del Senado y un avance grande al decretarse esta servidumbre sobre "todas las tierras", aboliendo las jurisdicciones exentas, que venían consagradas de antiguo, sobre tierras señoriales o eclesiásticas.

El dictamen, después de invocar estos precedentes nacionales de tanto arraigo en la región levantina y catalana, refuerza su posición aludiendo a lo ya establecido en otros países, y concretamente dice: "En los reinos de Lombardía y Piamonte, cuya agricultura compite con la más esmerada de Inglaterra, se halla desde hace mucho tiempo declarada la servidumbre de acueducto, y en Francia se estableció recientemente por Ley discutida muy ampliamente en las Cámaras y publicada en 29 de abril de 1845." Con esta mención quedó patentizada la ascendencia francesa de la ley, cuya elaboración parlamentaria no ofreció dificultad alguna.

En la discusión habida en el Senado se opuso algún reparo en orden a la fijación de indemnización, y aunque la Ley no incorporó íntegramente el dictamen de la Comisión, después de señalar el alcance de la exención fiscal para los capitales que se empleen en la construcción de canales, etc., en el artículo 6.º quedó ya establecida y regulada esta servidumbre de acueducto en los términos que luego analizaremos. En el dictamen de la Comisión del Senado se limitaba el alcance de esta servidumbre al señalar unas prohibiciones concretas, entre las que merece destacarse la siguiente:

"No puede reclamarla un especulador que vende el agua, sino el propietario del predio interesado, bien sea para el riego, o bien para el desagüe o para dar paso a las aguas sobrantes."

De esta forma se excluía de esta nueva limitación que a la propiedad rústica se imponía, la posible especulación que con ella pudiera intentar el favorecido con la servidumbre, si es que intentaba cobrar canon por el uso de dicho riego.

El artículo 6.º de la Ley de 24 de junio de 1849 decía así: "El propietario que teniendo aguas de que pueda disponer, quiera aplicarlas al riego de terrenos que le pertenezcan, pero que no se hallen contiguos a ellas; el que intente dar paso a las aguas sobrantes después de haberlas aplicado a los riegos, y el que poseyendo un terreno inundado tenga necesidad, para desecarlo, de dar salida a las aguas, podrán reclamar la servidumbre de acueducto, ya por acequia descubierta, ya por cañería cerrada al través de los predios ajenos intermedios o inferiores. Si los dueños de éstos la resistieren, podrá el reclamante acudir al Gobierno solicitando el permiso, y el Gobierno, según lo exija el interés colectivo de la agricultura, conciliado con el respeto a la propiedad, lo concederá o negará, previo expediente instruído por el Jefe político en la forma que prevengan los Reglamentos, con audiencia del dueño o dueños del terreno y el Ayuntamiento respectivo."

Así quedó consagrada en nuestra legislación la servidumbre de

acueducto por interés privado, sólo en beneficio de la agricultura, pre-ocupación básica en el Gobierno de aquella época, como lo había sido también en el de Francia al votar la Ley de 1845 (14).

La concesión de esta servidumbre quedaba reservada al Gobierno. Era época de máxima centralización, y la novedad que representaba la nueva servidumbre al reducir o restringir la plenitud del derecho de propiedad, tan exaltado en época de máxima rigidez para el derecho de propiedad, imponía esa mayor garantía vinculando en el Gobierno la facultad de otorgar esta servidumbre, siquiera la instrucción del expediente informativo quedase encomendado a los Jefes políticos, cargo que fué suprimido por R. D. de 28 de diciembre de 1849, al crearse los Gobernadores civiles de provincia, como autoridad civil superior, en la que se refundían los Jefes políticos e Intendentes.

Por R. D. de 19 de abril de 1860 se amplía el régimen que regulan los aprovechamientos hidráulicos, y en su artículo 9.º se dispone que los concesionarios de aguas públicas con aplicación al riego tendrán derecho a utilizar la servidumbre forzosa de acueducto establecida por la Ley de 24 de junio de 1849, previa indemnización, permitiendo ejecutar todas las obras necesarias para detener las aguas en el punto de la corriente donde haya de hacerse la desviación.

Mas en la práctica, en las pocas concesiones que se otorgaban, se advierte cierta resistencia para autorizar esta servidumbre de acueducto. Así, por ejemplo, en la R. O. de 8 de octubre de 1861, otorgando autorización para aprovechar aguas del río Segre para el riego de tierras de Gerp y de San Lorenzo, se consignaba "que por la presente concesión no se entiende autorizada la servidumbre forzosa de acueducto", sin perjuicio de instarlo si a su derecho conviene. Se mantenía el principio de individualización de estas concesiones y por ello se exigía que independientemente se solicitara esta servidumbre.

De todas formas, su instauración se acogió con cierto recelo y suspicacia e incluso se calificó de atentado al derecho de propiedad; y autor tan autorizado como COLMEIRO, cuando en 1863 publica la *Historia de la Economía Política en España*, siguiendo la línea liberal del pensamiento entonces imperante, afirma que entre los remedios que habían de adoptarse para el fomento de la agricultura era necesario reducir "a los justos límites la servidumbre de acueducto" (página 117, tomo II). En toda esta época aparecen casi limitados los aprovechamientos hidráulicos al riego. La colección legislativa del año 1861 ofrece ya algunas concesiones de agua como "fuerza motriz para

(14) Coinciden los tratadistas en señalar como antecedente de la servidumbre de acueducto el texto del Fuero XXII del Rey Don Jaime I que dice así: "si alguno tuviere casas o edificios o campo o alguna otra clase de terreno rodeado por todos lados de los vecinos, de modo que no tenga camino para entrar ni conducir ni llevar agua, ni se supiere el sitio por donde antiguamente tuviese el camino para entrar en él, y llevar el agua, los vecinos a quienes menos daño se causare, deben dar por sus heredades al campo por donde pueda entrar, introducir y llevar el agua sin exigir sólo su valor"; versión de José Latour, obra citada.

molinos harineros". Era la única aplicación industrial que en esa fecha mereció ser tenida en cuenta. Seguían predominando en absoluto los aprovechamientos para riego. En 1862 se otorgaba un aprovechamiento de agua del río Urola como fuerza motriz de una fábrica de papel continuo; y en 1863 se otorga otro en el río Fluvia para una fábrica de hilados.

Para la tramitación de estos expedientes, la Real Orden de 20 de diciembre de 1852 aprobó una Instrucción demasiado simplista, en la que se regulaba pobremente los distintos trámites a que debían someterse los proyectos de aprovechamientos hidráulicos, sin que hiciera referencia especial a esta servidumbre, pero prácticamente se aplicaron sus normas a éstos, pues a falta de una normativa especial se consideró un aprovechamiento más la servidumbre de acueducto, y de ahí que, sobre todo los servicios de obras públicas, aplicasen su precepto a estos expedientes, siquiera no resolviesen los problemas que en la práctica iban suscitándose, sobre todo en los casos en que se suscitaba oposición al establecimiento de tal servicio (15).

(15) Esta Real Orden de 20 de diciembre de 1852 aprobando las Instrucciones para la tramitación de los expedientes de servidumbre, se dictó, en vista de las dificultades que alguna vez ha encontrado la instrucción de expedientes para la declaración de la servidumbre legal de acueducto que autorizaba la Ley de 1849. La regla 2.^a de la misma exigía que con la instancia se presentara un testimonio "del título de propiedad o disirute de las aguas cuyo aprovechamiento se solicita, especificándose su situación, la de las tierras que se intenta regar y el sitio por donde se pretende llevar el acueducto"; se fijará también la topografía de los terrenos sobre los cuales se pide la servidumbre, el nombre de su dueño y el pueblo del domicilio.

Según la Regla 4.^a, impondría el gobernador que tenga lugar una comparecencia "entre el solicitante y el dueño del predio que se intenta gravar", ante el alcalde del domicilio del último, cuyo objeto es "que en todo tiempo conste la conformidad (en cuyo caso ya no habrá necesidad de otro trámite bastando sólo con obtener testimonio del acto) o el disentimiento, consiguándose en este caso las razones en que se funda". Como puede apreciarse, esta instrucción sólo cuida de salvaguardar el derecho de los propietarios, permitiendo que por acuerdo entre el solicitante, y el "dueño" del predio quede constituida la servidumbre sin intervención alguna del arrendatario o cultivador del mismo.

Si el predio sirviente fuere propiedad del Estado, las diligencias se entenderían con el promotor fiscal; si el terreno fuera municipal el expediente se sustanciará con el Alcalde, deliberando sobre él el Ayuntamiento con igual número de mayores contribuyentes. Se omite, por tanto, en la Instrucción de 1852 toda atención precisamente para los cultivadores de esos predios y sólo se llamaba a deliberar a "los mayores contribuyentes", que generalmente no serían muy afectados por la servidumbre proyectada. Por otra parte estas reglas condenaban el expediente a una tramitación larga, cuando no constase el "dueño" del terreno que se trata de sujetar a la servidumbre, en cuyo caso las actuaciones se entenderán con el promotor, pero anunciándose "por un mes seguido en el Boletín de la Provincia y por tres veces en el del Ministerio y en la "Gaceta", trámite excesivamente dilatorio para el supuesto real o fingido de que no constase quien fuera el propietario del predio sirviente. Todo lo actuado había de elevarse por el Gobernador a la resolución soberana de S. M.; como puede apreciarse con tanto trámite dilatorio estos expedientes se hacían eternos, sobre todo al encomendar su resolución al Ministerio, respondiendo sin duda a la concepción centralista imperante en aquella época.

Se acusaba cada vez más el origen concesional de esta servidumbre, cuyo carácter público se hizo patente en la Ley de 1849, y muy especialmente en las normas de procedimiento administrativo dictadas para su otorgamiento, que fueron refundidas y sistematizadas en la Instrucción de 1852. Era en cierto modo una consecuencia de aquella situación histórica, que reservó a los reyes la vigilancia sobre aprovechamiento de aguas públicas, así como el otorgamiento de licencia para el disfrute y aprovechamiento de dichos caudales (15').

V

LEY DE 3 DE AGOSTO DE 1866

La Ley de 1849, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la regulación de esta servidumbre, supuso un avance indiscutible que pronto acusó insuficiencia normativa precisamente por iniciarse bien pronto la aplicación de esta servidumbre a fines industriales. Hay que reconocer que esta Ley tuvo sus repercusiones incluso en el terreno del derecho privado y fué recogida por algunos civilistas de la época. En el proyecto de GARCÍA GOYENA tuvo su reflejo en el artículo 496, que decía así: "Todo el que para riego de sus tierras o para el uso de alguna fábrica quiera servirse del agua de que pueda disponer, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, así como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas."

Se exceptúan de estas servidumbres los edificios, sus patios, jardines y demás dependencias.

Como puede observarse, ya se ensancha el campo de aplicación de esta servidumbre, que no se limita "al riego", sino que ya alcanza también "al uso de alguna fábrica"; innovación que después de GARCÍA GOYENA fué objeto de consideración por otros tratadistas.

Como antes decimos, iban en aumento las demandas que se hacían para concesiones de aguas "para fuerza motriz", y ello sin duda movió a los juristas de la época para ampliar el ámbito de esta servidumbre que hasta entonces se había mantenido como una típica ser-

(15') Es curioso observar el carácter especial que mereció esta servidumbre por parte del legislador. De un lado se la considera como concesión, como un aprovechamiento hidráulico más, pero para su otorgamiento se publica una Instrucción especial distinta de la que regía para otorgar los aprovechamientos hidráulicos en general y que fué aprobada por R. O. de 14 de junio de 1883, refrendada por Ganazo, cuyo artículo 26 distingue el caso en que con el aprovechamiento principal, se pida la imposición de servidumbre; una y otra pretensión, dice la sentencia de 4 de mayo de 1897, debe tramitarse en expedientes distintos, pues aparte de que dicho artículo no impone la simultaneidad de trámites, el artículo 80 de la Ley de Aguas demuestra que la concesión del agua, ha de ser anterior a la de la servidumbre, puesto que la oposición de ésta, puede fundarse en no ser el que la solicita, dueño o concesionario del agua.

vidumbre rural para fines de riego, es decir, para beneficiar las tierras (16).

Fué la Comisión nombrada en 1859 encargada de elaborar la Ley de 3 de agosto de 1866, cuya magnífica exposición de motivos se incorporó a la de 1879, la que abordó este problema en toda su amplitud, y tras el recuerdo de los precedentes que nuestro Derecho ofrecía de esta servidumbre, desarrolló en su articulado el régimen jurídico de la servidumbre de acueducto. “Esta servidumbre—decía la exposición de motivos—, establecida forzosamente para el riego por los Fueros de Valencia desde la primera mitad del siglo XIII y extendida a todo el Reino por la Ley de 24 de junio de 1849, se amplía por la Comisión al establecimiento de baños, fábricas o artefactos, a la desecación de terrenos pantanosos, y a la evasión o salidas de aguas procedentes de alumbramientos artificiales.” “No hay, en efecto—añade—, razón alguna para que esta servidumbre se limite a un solo aprovechamiento del agua cuando hay otros importantes que la reclaman con igual urgencia. Ampliada de este modo, y debiendo ser más frecuentes los casos en que habrá de decretarse su imposición, la Comisión no ve en ésta un asunto de tamaña importancia que deba reservarse al Gobierno Supremo, centralizando de una manera innecesaria y perjudicial para los particulares y el mismo Gobierno la acción benéfica de la Administración. Se concede, pues, a los Gobernadores la facultad de decretar esta servidumbre; mas para cerrar la puerta a toda arbitrariedad y proteger contra ella los intereses y derechos particulares, se determinan los tres casos en que el dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre pueda resistirlo, fundados todos en evidentes principios de justicia y equidad, a saber: cuando el que solicita la imposición no sea dueño o concesionario del agua o del terreno en que quiera utilizarla; cuando los perjuicios que haya de causar la servidumbre al que la sufra sean mayores que los beneficios que haya de proporcionar al que la disfrute, y cuando pueda establecerse sobre otros predios, con iguales ventajas para el que la solicite y menores perjuicios para el que la haya de sufrir.”

Tras esta luminosa exposición, en la que con tanto acierto quedan

(16) La pugna entre los intereses de los regantes con los que pudiéramos llamar industriales, se mantuvo muy acusada, sobre todo al iniciarse los aprovechamientos de agua para la producción como fuerza motriz, especialmente ello se manifestó con las autorizaciones para los molinos harineros, que tuvieron durante mucho tiempo la investidura de las regadías con los privilegios y secuelas de ellos derivadas.

DÍAX CASSOU, en la obra citada, decía, que el molino o la fábrica altera la economía de los riegos, destruye los quijeros y merma los cauces. Precisamente en el estío, cuando el regante sufre de escasez, el molinero también la sufre y necesita la misma fuerza motriz de agua que en todo tiempo, la hurta o roba donde la encuentra para conducirla a su molino y tirarla sin provecho de regantes al Segura si tiene la cola al mismo el cauce donde el molino está situado. Con más razón que en otras partes, puede decirse en la huerta de Murcia, que vale más molino parado que amistad de molinero, y que molinero y labrador—en la cieca más caudal— perro y gato en un costal. Pág. 32.

plasmadas las innovaciones que la nueva Ley introduce, regula su articulado el régimen de esta servidumbre, que podrá imponerse para los objetos de interés privado siguientes: 1.º Establecimiento o aumento de riegos. 2.º Establecimiento de baños y fábricas. 3.º Desecación de lagunas y terrenos pantanosos. 4.º Salidas de aguas procedentes de alumbramientos artificiales. 5.º Salida de aguas de escorrentías y drenajes.

Según el artículo 121 de esta Ley, no se podía imponer la servidumbre forzosa de acueductos sobre edificios, jardines y huertos existentes al tiempo de hacerse la solicitud, ni por dentro de otro acueducto preexistente, a no ser que lo consienta el dueño de éste.

Ofrece esta Ley la singular particularidad que antes advertimos de ensanchar el campo de acción de esta servidumbre, limitada en las normas consuetudinarias y en las antiguas ordenanzas de riego propiamente dicho: ahora se permitirá para “el establecimiento de baños y fábricas”. Al excluir y liberar de esta servidumbre concreta y específicamente, se menciona, “los huertos”, expresión que parece mantuvo el legislador de la de 1879, pero que por una deficiente expresión se sustituyó, como luego veremos, por la frase “huertas”, que tantos conflictos motivó en la práctica y cuyo equívoco se mantiene hasta nuestros días, ya que en la generalidad de las ediciones hechas de la Ley de 13 de junio de 1879 sigue empleándose la expresión “huertas”, e incluso en algunos de los procesos contencioso-administrativos se ha planteado el problema de la jerarquía de la Ley por considerar improcedente el que la Dirección General de Obras Públicas, en Orden de 20 de agosto de 1881, en concepto de rectificación de errata del texto aparecido en la “Gaceta” declarase que el artículo 83 de la nueva Ley debe decir “huertos” en vez de “huertas” (17).

VI

LEY DE 13 DE JUNIO DE 1879

La Ley de 1866, que había logrado plena madurez, bien pronto iba a ser degradada a una situación de interinidad como consecuencia de la revolución de septiembre de 1868. En uso de las facultades de la Junta Revolucionaria de Madrid, el Duque de la Torre constituyó el Gobierno provisional, asignando la cartera de Fomento a don Manuel Ruiz Zorrilla, y empujados por el afán revolucionario de entonces, bien pronto se sometió a las Cortes una Ley de Bases para la nueva Ley de

(17) LAMOUR BROTONS J. entiende, que la importancia mayor de la Ley de Aguas es la de ser, como acertadamente dice en su exposición de motivos, el primer Código mundial sobre la materia, y completamente original en la solución de los problemas jurídicos que resuelve, apartándose de la influencia romana y de la codificación extranjera en esta material, para buscar y sentar soluciones y principios jurídicos nacionales, siendo muy acusada la impronta de la “jurisprudencia valenciana”; antecedentes de la primitiva Ley de Aguas, Madrid 1955, pág. 23.

Aguas, no obstante reconocer las perfecciones y aciertos de aquella Ley de 3 de agosto de 1866, que habían elaborado un plantel de ilustres juristas como don Cirilo Franquet y don Antonio Rodríguez de Cepeda (18); pero, como decimos, era un imperativo de la revolución triunfante que, muy personal, impulsaba el joven ministro Ruiz Zorrilla, quien de modo solemne lo declaró en los términos siguientes: "Me propuse, en Gracia y Justicia como en Fomento, reformar toda la legislación que o era un arma de combate para la hueste reaccionaria, o estaba en contradicción con los adelantos de la ciencia jurídica, o no se acomodaba a los principios consignados en el gran Código de 1869" (19). El Decreto-Ley de 14 de noviembre de 1868 articula unas bases para la legislación de obras públicas cuyo artículo 22 disponía que, sin perjuicio de las reformas que ulteriormente se introdujesen en la Ley de aguas, quedaban derogados un par de docenas de artículos de la misma; a esta derogación parcial siguió otra más amplia derivada de la Ley de 20 de febrero de 1870 regulando el régimen de construcción de canales de riego. Se intenta lograr la unificación de la legislación en materia de aguas, y por R. D. de 22 de enero de 1874 se confiere a la Comisión que se había designado un año antes para que redactase el Reglamento, el encargo de formular "un proyecto de Ley de aguas revisando y unificando la parte vigente de la de 1866, en armonía con las demás disposiciones legales que con ella se relacionan". Esta Comisión lleva a efecto la tarea encomendada aprovechando, de modo principal, los trabajos de la que había elaborado la Ley de 1866, de la que con razón se dijo que fué "la primera de su género en Europa".

Así surge la Ley de 13 de junio de 1879, que fué publicada en la "Gaceta" de 19 de junio del mismo año, en la que se contienen algunas modificaciones que brevemente examinaremos en orden a la servidumbre de acueducto objeto del presente estudio (19').

El artículo 75 regula la servidumbre forzosa de acueducto para la conducción de aguas destinadas a algún servicio público, y el 77 preceptúa que puede imponerse también la servidumbre forzosa de acueducto para objetos de interés privado en los casos siguientes:

- 1.º establecimiento o aumento de riegos;
- 2.º establecimiento de baños y fábricas;
- 3.º desecación de lagunas y terrenos pantanosos;
- 4.º evasión o salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales;
- 5.º salida de aguas de escorrentías y drenajes.

(18) CIRILO FRANQUET y BELTRÁN formuló un anteproyecto de la Legislación de Aguas, en el que ya se desarrollaba esta servidumbre y que mereció que por R. O. de 24 de febrero de 1959 se le dieran las gracias mandando imprimirlo por cuenta del Estado.

(19) Estudios jurídicos, pág. 92.

(19') En prensa éste trabajo, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO publica en la Rev. de *Admon. Pública*, núm. 33 un interesante trabajo sobre la elaboración de la vigente ley de Aguas.

Consignándose en el párrafo último de este artículo que en los tres primeros casos puede imponerse la servidumbre no sólo para la conducción de las aguas necesarias, sino también para la evasión de los sobrantes.

Por R. D. de 12 de abril de 1907 se establecía un nuevo motivo para que se impusiera esta servidumbre; era para la conducción de aguas superficiales de las minas al desagüe o al lugar de su aprovechamiento.

Se señaló la competencia para decretar estas servidumbres al gobernador de la provincia correspondiente con recurso de alzada ante el Ministerio de Fomento, mandando el artículo 79 de la Ley que en todo caso deberá preceder al Decreto de constitución, la instrucción de expediente justificativo de la utilidad de la servidumbre que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que han de sufrir el gravamen y la de los municipios o provincias en que radican en cuanto a éstas o al Estado afecte la resolución.

El dueño del terreno sobre que se trate de imponer la servidumbre forzosa de acueducto podrá oponerse por alguna de las causas siguientes:

1.^a por no ser el que la solicite dueño o concesionario del agua o del terreno en que intente utilizarla para objetos de interés privado;

2.^a por poderse establecer sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretenda imponerla y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

Según el artículo 83, no puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto, para objetos de interés privado, sobre edificios ni sobre jardines ni huertas existentes al tiempo de hacerse la solicitud, alterando de esta forma la expresión contenida en los textos legales precedentes.

Régimen especial establece el artículo 101 de esta Ley para las servidumbres urbanas de acueducto, que se regirá —dice— por las Ordenanzas generales y locales de policía urbana, sin referencia alguna a normas de rango superior que inexcusablemente deberán ser tenidas en cuenta, como son las leyes de sanidad.

También en orden a la extinción de esta servidumbre el artículo 100 reformó la legalidad anterior. En este artículo se distinguen una situación de caducidad, para servidumbre autorizada que no llegó a establecerse, y unos motivos extintivos de la ya establecida que en cierto modo pugnan con las normas que más tarde estableció el Código civil.

Caduca la concesión de la servidumbre si dentro del plazo que se hubiere fijado no hiciere el concesionario uso de ella después de completamente satisfecha al dueño de cada predio la valoración acordada.

En el párrafo segundo de este artículo 100 se preceptúa que la servidumbre "ya establecida" se extinguirá: 1.^o, por consolidación; 2.^o, por expirar el plazo menor de diez años, fijado en la concesión de la servidumbre temporal; 3.^o, por el no uso durante el tiempo de veinte años, ya por imposibilidad o negligencia de parte del dueño de la servidum-

bre, ya por actos del sirviente contrarios a ella, sin contradicción del dominante; 4.º, por enajenación forzosa de utilidad pública.

El uso de esta servidumbre por cualquiera de los condóminos, conserva el derecho para todos impidiendo la prescripción por falta de uso.

El artículo 80 de la Ley habla siempre, cuando se refiere de los posibles oponentes a la servidumbre, de "el dueño" del terreno y, siguiendo los precedentes que ofrecía la legislación administrativa, parece referirse únicamente al propietario; mas no es así, ya que en el artículo 78, en su párrafo segundo, expresamente se preceptúa "que los que se sintieren perjudicados" por la resolución gubernativa estableciendo la servidumbre, podrán recurrir en alzada ante el Ministerio y apelar, en su caso, a la vía contenciosa, haciendo posible el amparo y defensa de los afectados por la servidumbre, bien de modo directo, como cultivador o arrendatario del que va a ser predio sirviente, o usufructuario del mismo, especialmente interesado en mantener el disfrute de dicho predio, sin la minoración que pueda suponer la obra del acueducto. Así lo declaró ya el auto de 21 de octubre de 1901.

El artículo 81 de la propia Ley, en su último párrafo, dispone que en toda concesión de servidumbre se entenderá reservado el ejercicio de la vía contencioso-administrativa "a las personas a quienes el gravamen afecte en sus derechos". Hay, por tanto, un régimen de garantía jurídica amplio y eficiente que supone un desplazamiento hacia la jurisdicción contencioso-administrativa.

VII

EL CÓDIGO CIVIL

Se publica el Código civil, cuyo capítulo segundo del título VII del libro 2.º lleva por rúbrica "De las servidumbres legales", y la sección segunda de este capítulo segundo aparece dedicada a las servidumbres en materia de aguas, consagrando los artículos 557 al 561, ambos inclusive, a la servidumbre de acueducto. Ello fué motivo de general censura por parte de algunos autores que consideraron improcedente que el Código civil regulase unas servidumbres con normativa especial en la legislación administrativa, y a la vez por otros tratadistas se fustigó que el articulado del Código civil no hubiese obtenido la perfección debida para evitar problemas ante la contradicción que aparentemente ofrecían con los artículos de la Ley de Aguas, cuya vigencia fué puesta en duda por considerar que el Código civil, como Ley posterior, había derogado la Ley de 1879.

A nuestro modesto parecer, son infundadas las censuras lanzadas contra el Código civil por haber dedicado estos artículos a la regulación de estas servidumbres, puesto que, en definitiva, no hizo otra cosa que desarrollar la Ley de bases de 11 de mayo de 1888; según la Base decimotercera, en el Código civil, "se definirán también en capítulos

especiales las principales servidumbres fijadas por la ley en materia de aguas, en el régimen de la propiedad rústica y urbana”, y ciertamente ante el imperativo contenido en la Ley de Alonso Martínez, los autores del Código civil no hicieron otra cosa que definir “las principales servidumbres fijadas por la ley en materia de aguas”.

VALVERDE lamenta que el Código civil haya incurrido en el defecto de traer a la legislación civil instituciones que no son de su competencia (20), siguiendo en ello la inspiración de SÁNCHEZ ROMÁN, quien censuró además acremente los artículos del Código civil, “que son una reproducción imperfecta y perturbadora de otros artículos de la Ley de Aguas, la cual resulta mutilada unas veces en sus textos y modificada otras, sin ninguna originalidad sustancial que justifique la modificación” (21). Para SÁNCHEZ ROMÁN el Código civil modificó radicalmente el sistema consagrado por la Ley de Aguas, y dada la autoridad alcanzada por el profesor de Madrid ello sirvió de principal apoyo a los que entendieron que el Código civil había derogado la Ley de Aguas, criterio que se mantuvo muy en boga hasta que por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo se dicta sentencia de 27 de octubre de 1890, se aplica como vigente después de promulgado el Código civil los preceptos de la Ley de Aguas de 1879; sentencia perfectamente construída, cuya doctrina se impuso rápidamente. MANRESA estimó que el Código civil “transportó a su articulado el Título III de la Ley de Aguas”, y, a su juicio, los términos del artículo 557 no entrañan un concepto derogatorio, sino más bien un concepto general o más amplio de la servidumbre forzosa de acueducto (22). A nuestro modesto criterio, el Código civil acertó al regular esta institución. No bastaban los preceptos de la Ley de Aguas que, como antes decimos, respondían a una concepción heterogénea, impuesta en cierto modo por exigencias políticas que con sus apremios dificultan el acabado estudio de las instituciones jurídicas para una completa regulación de las mismas. Esto acaeció precisamente con la servidumbre de acueducto. Como queda dicho, se trataba de una servidumbre que aun con el matiz especial de la que aquí estudiamos alcanzó gran desarrollo en extensas zonas del suelo patrio, pero que hasta la promulgación de la ley francesa de 1845 no

(20) Tratado de Derecho Civil Español. Valladolid 1920, volumen II; página 178.

NAVARRO AMANDI en su Cuestionario del Código Civil Reformado, Madrid 1880, tomo II, pág. 307, decía: En materia de servidumbre de Aguas debió el Código limitarse a consignar el precepto contenido en el art. 563, lo que equivaldría a dejar íntegramente este punto a lo que las leyes de Aguas dispusieran, o traer al Código todas las disposiciones (salvo las adjetivas) de las Leyes de Aguas que hubiesen de quedar vigentes, con lo que se hubieran evitado confusiones graves y la duda de si la supresión de algunas frases, conceptos y párrafos enteros en ciertos artículos, determinan o no una diversidad de criterios, o por el contrario, lo dispuesto en el Código corrige un tanto los preceptos de la Ley de Aguas, en cuyo caso, el daño es todavía mayor, porque de ese modo resultan dos Leyes de Aguas.

(21) Estudios de Derecho Civil, Madrid 1801, tomo III, pág. 617.

(22) Comentarios al Código Civil, Madrid.

suscita en nuestros legisladores preocupación bastante intensa para incorporarla al ordenamiento jurídico nacional, llegando así a la Ley de 24 de junio de 1849, por la que se convierte en Ley de ámbito nacional una institución que tenía regulación muy local en algunas Ordenanzas de Levante, y legislaciones forales de ámbito reducido. La legislación administrativa desarrolló la servidumbre de acueducto y ciertamente merece destacarse el avance que ello supuso en nuestro régimen jurídico; pero, en cambio, se omitía en esa regulación considerar el aspecto jurídico, la verdadera naturaleza jurídica que ofrecía esta innovación, este medio de progreso que surgía principalmente por exigencias económicas políticas. El Código civil completó en su artículo 563 el régimen jurídico de esta institución, siquiera tuviese razón en alguna de sus afirmaciones SÁNCHEZ ROMÁN al señalar algunas deficiencias de expresión que realmente no deben ser tomadas en consideración para aminorar el mérito que la reforma significa.

No puede prevalecer la tesis derogatoria, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo 563 del Código civil preceptúa que el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas de que se trata en esta sección, se regirán por la Ley especial de la materia en cuanto no se haya previsto en este Código.

El mérito del Código civil, en este orden de cosas, radica precisamente en haber configurado con precisión y exactitud la naturaleza jurídica de estas servidumbres que sólo enunciaba de manera borrosa y confusa la Ley de Aguas. Fué indudable acierto el artículo 561, al considerar la servidumbre de acueducto como continua y aparente, "aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas". Con esta declaración se han evitado un sinnúmero de conflictos y de litigios, al considerar que esta servidumbre "es continua y aparente", y esto a todos los efectos legales, aun cuando en la realidad su uso pueda ser discontinuo, y por efectuarse de una manera oculta, como en ocasiones acontece, tenga la condición legal de las aparentes y por ende a los efectos adquisitivos o extintivos de la servidumbre de acueducto habrá de aplicarse la doctrina jurídica que para estas servidumbres rige, con las particularidades que ofrece la regulación específica y casuística de la Ley de Aguas. Acertado nos parece el juicio de MANRESA y de VALVERDE estimando que el Código civil no ha derogado la Ley de Aguas, ya que el Código habla de la servidumbre de acueducto de un modo general, cuyo concepto queda complementado por los preceptos especiales de la Ley de Aguas.

El Código civil completó la regulación jurídica establecida en la Ley de Aguas, donde se omitía definir dicha servidumbre y la caracterización de la misma, y al subsanar estas omisiones, el Código civil mantuvo en todo su vigor la regulación especial que de la misma hace la Ley de Aguas, principalmente, en orden a las normas procedimentales a que habrá de someterse la solicitud de acueducto por interés privado, al órgano competente para otorgarla o concederla, siquiera al

determinar los casos de imposición de la misma, en vez de la enunciación casuística que hace el artículo 77, con el riesgo inevitable de que surjan casos no enunciados, el Código civil haya optado por el sistema de generalización, lo que supone un más amplio y mejor criterio.

El Código civil en el artículo 557, en vez de enumerar los cinco supuestos que según la Ley de Aguas pueden determinar la imposición de esta servidumbre para objetos de interés privado, admite que todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios. Es cierto, como decía SÁNCHEZ ROMÁN, que los artículos del Código, en cierto modo, son una reproducción imperfecta de los de la Ley de Aguas; pero disintimos de tan autorizada opinión en que suponga ello una mutilación del texto de la Ley, que mantiene su vigencia, no mermada por el articulado del Código civil, que se limita a dar normas de carácter general de tipo sustantivo, que no atentan a las normas de la Ley de Aguas, ampliadas por distintos Decretos y Ordenes ministeriales dictados en uso de la potestad reglamentaria propia de la Administración Pública. En definitiva, el Código civil no hizo otra cosa que atenerse a la Ley de Bases, pues aparte de la específica disposición de la decimotercera, ya mencionada, no se olvide que la Base primera, que mandaba que el Código tomase por base el Proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio; y en el Proyecto de 1851 figuraba un artículo, el 96, que fundamentalmente reprodujo el 557 del Código civil.

GARCÍA GOYENA glosaba este artículo 496 diciendo que introduce "una grande innovación la servidumbre legal y forzosa del paso de las aguas para el riego de las tierras o para el uso de alguna fábrica". Ello supuso un avance importante en orden a la Ley de 1849, al consagrar las dos motivaciones de dicha servidumbre: una meramente agrícola, otra de tipo industrial. El fomento de la agricultura y de la industria o la utilidad pública —añade— crea aquí una nueva servidumbre de paso distinta, aunque algo parecida, a la del artículo 506: en ambas tiene lugar la indemnización. También en el Proyecto de 1851 se contenían varios preceptos referentes a esta servidumbre, cuyas normas, según propia declaración de GARCÍA GOYENA, eran transcripción del articulado del Código Sardo (23).

VIII

DECRETO DE 19 DE ENERO DE 1934

Surge este Decreto —según explica su propia exposición de motivos— porque estos expedientes venían tramitándose con arreglo a la R. O. de 20 de diciembre de 1852, que dictó normas para la aplica-

(23) Obra citada, pág. 435.

ción de los preceptos de la Ley de Aguas de 24 de junio de 1849. Pero al quedar derogada esta Ley, añade, y sustituida por la vigente de 13 de junio de 1879, es evidente que queda derogada también aquella disposición subalterna.

Ciertamente que habían quedado anticuadas las normas que se contenían en la R. O. de 20 de diciembre de 1852, época en la que no había adquirido esta servidumbre de acueducto la importancia y trascendencia que posteriormente alcanzó.

Constituye este Decreto un conjunto de normas principalmente de carácter procesal, con importantes innovaciones, en la que logran especial relieve el régimen de garantía ciudadana, al establecer un sistema de publicidad más que suficiente, haciendo posible que los afectados por dicha servidumbre puedan defender su derecho, formulando oposición y a la vez logrando la indemnización que proceda cuando se acuerde el establecimiento de tal servidumbre.

Según el artículo 1.º, la servidumbre forzosa de acueducto para fines de interés privado habrá de solicitarse en razonada instancia del Delegado del Gobierno o, en su defecto, del Ingeniero Jefe de Obras Públicas de la provincia a que pertenezcan los terrenos sobre los cuales se intenta imponer. De esta forma se robustece la autoridad provincial, que, según el artículo 2.º, tenga la competencia para otorgarla, lográndose así una mayor economía al reducirse gastos en la tramitación del expediente y a la vez una mayor rapidez, ya que los desplazamientos que habían de efectuarse por los técnicos se hacían más fáciles y posiblemente compatibles con las salidas que el Ingeniero encargado había de efectuar para otros servicios.

Según el artículo 2.º, habrá de acompañarse a la solicitud un plano fotográfico suscrito por técnico legalmente autorizado, en el que figure la situación del acueducto respecto a los predios que ha de atravesar y la longitud correspondiente a cada uno, con indicación del propietario. Esta petición se comunicará "a los propietarios" a quienes afecta para que muestren su conformidad o formulen los reparos pertinentes, mandando que si no fuese conocido su domicilio se les citará en el "Boletín Oficial".

En todo caso, dispone el artículo 3.º que se anunciará en el "Boletín Oficial", por plazo de quince días, la solicitud con los datos informativos suficientes para que quien, aun no figurando en la relación de los de domicilio desconocido, se considere perjudicado pueda presentar la oposición que crea pertinente en defensa de su derecho. Esta es una de las innovaciones más trascendentales del Decreto de 19 de enero de 1934.

El Gobierno de la República recogió el problema latente, con agudizaciones de violencia en algunas regiones, de los arrendatarios. La Ley de 1879, como el Código civil y las disposiciones administrativas sólo se referían a "los propietarios" de los posibles predios sirvientes, y prescindían en absoluto de otros titulares de derecho quizá más directamente lesionados por el establecimiento de la servidumbre, como los

usufructuarios o arrendatarios de dichas tierras. Expedientes para la imposición de esta servidumbre se habían tramitado en forma realmente clandestina para los legítimos poseedores de los predios sirvientes, lo que motivó perturbaciones, violencias que en algún caso llegaron a motivar sumarios y procedimientos gubernativos para contener la oposición que formularon de manera contundente los arrendatarios de aquellas tierras, que por no haber sido oídos en el expediente se consideraban relevados de acatar la resolución administrativa.

Ahora, a virtud del Decreto de 19 de enero de 1934, se hace posible a los usufructuarios y demás poseedores legítimos de dichos predios el que puedan oponerse al establecimiento de la servidumbre y defender su derecho a la compensación económica que pudiera corresponderles.

Del resultado de la información pública se dará vista al solicitante, quien dispondrá de un plazo de quince días para la justificación de su derecho si la oposición se funda en no ser propietario o concesionario legal de las aguas que intenta conducir o de los terrenos que intenta regar. La documentación justificativa se someterá a informe del abogado del Estado, continuándose la tramitación si el informe es favorable a la solicitud, y suspendiéndose en caso contrario.

Es un tanto extraño que al dictamen desfavorable de la Abogacía del Estado se conceda un efecto suspensivo de carácter definitivo, que contra el parecer de un organismo consultivo tenga que instar el interesado los recursos pertinentes ante la autoridad administrativa con funciones resolutorias. La acción de la Administración Pública se elabora sucesivamente con la aportación de criterios técnicos no solamente del orden constructivo, sino también jurídico mediante los respectivos informes de los organismos consultivos, que actúan en función meramente informativa, pero la decisión debe quedar consignada al órgano que encarna la función decisiva conjugados y ponderados convenientemente los informes aportados y las alegaciones que el peticionario de la servidumbre y los oponentes a ella hayan formulado. También se consignan en este Decreto normas peculiares para el caso en que se funde la oposición en que la servidumbre sería menos onerosa para el predio sirviente sin desventaja para el peticionario, caso de llevarla por lugar distinto por el peticionario. Ello es interesante, siquiera consideremos injusto el que se imponga al peticionario la obligación de satisfacer los honorarios que devenguen el técnico que designe la autoridad competente, sobre todo si resulta infundada la oposición de cualquier interesado, y desestimada su pretensión, pues en tal supuesto los gastos, los honorarios que este incidente produjese debieran ser sufragados por el que formuló la oposición infundada provocando estas incidencias.

A la vista del informe emitido por el técnico "designado oficialmente" y en uso de las facultades reconocidas en el artículo 78 de la Ley de Aguas, la autoridad competente resolverá otorgar o denegar la servidumbre forzosa de acueducto, resolución que habrá de ser notifi-

cada en forma con la necesaria indicación de los recursos procedentes contra la misma, trámite que deberá cuidarse convenientemente para no incidir en vicio de nulidad, conforme a la doctrina procesal moderna.

IX

LA JURISPRUDENCIA

No ha sido muy abundante la jurisprudencia sobre este particular, pero, en cambio, ha sido muy constructiva, y justo es reconocer que con la doctrina elaborada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se logró suplir, en cierto modo, las deficiencias del texto legal y las auténticas lagunas que ofrecía su regulación.

Como tantas veces ocurre, la realidad desbordó la previsión del legislador y surgieron los casos no previstos, las situaciones no tenidas en cuenta por la Ley, mostrando a la vez ciertas antinomias en el heterogéneo ordenamiento de esta servidumbre que, como decimos, surgió por etapas y no siempre con la deseada unidad de criterio.

Sentencia de 28 de junio de 1901.—Huertos.

Es quizá esta la primera sentencia en la que se establece doctrina sobre uno de los puntos más discutidos y que aun en nuestros días es objeto de controversia, cual es el decidir si son huertas o huertos los que están exentos de sufrir esta servidumbre. Resuelve esta sentencia el caso de un acueducto mixto, cuyo objeto era derivar un caudal de agua del río Segre para riego y para producción de fuerza para la industria. El recurso fué desestimado considerando: que el recurrente sólo ha invocado la pertenencia de huertas para impugnar el establecimiento de la servidumbre forzosa de acueducto, y está probado que la Ley sólo excusa de tal establecimiento cuando se trata de concesiones para objetos de interés privado, los huertos o los edificios y jardines.

En los Vistos de esta sentencia, se cita el artículo 83 de la Ley de 13 de junio de 1879, rectificado, dice, por la Orden de 20 de agosto de 1881 de la Dirección General de Obras Públicas, que dice así: "No puede imponerse la servidumbre forzosa de acueducto... sobre edificios ni sobre jardines ni huertos existentes al tiempo de hacerse la solicitud." Así se consagra una rectificación interesantísima en el texto de la Ley, que el Supremo ha mantenido invariable desde 1901 hasta nuestros días, sin que el legislador se haya considerado obligado a una rectificación formal de dicho Texto, por lo que resulta que las ediciones de la Ley de Aguas en uso aparecen con la expresión "huertas" que, como decimos, aún en nuestros días se sigue invocando para fundar la oposición o impugnación al establecimiento de esta servidumbre.

Ciertamente que el texto, tanto en la "Gaceta" como en la Colección legislativa, emplean la expresión "huertas", y a pesar de la rectificación que inicia la Dirección General de Obras Públicas en el sentido de que se refiere a "huertos", conforme al texto de la Ley de 1949,

como decimos, en las ediciones modernas de la Ley de Aguas se sigue manteniendo la expresión original "huertas". Es curioso observar que en los tratadistas de fin de siglo ya se acusó esta cuestión, y así, por ejemplo, don Benito Gutiérrez transcribe en su obra el texto del artículo 83 tal y como se publicó en la "Gaceta", pero, en cambio, en la glosa que del mismo hace, dice: "Dos razones hay para no imponer la servidumbre sobre edificios construidos, huertos o jardines de recreo: primera, la consideración de que no podía hacerse la obra sin destruir estos objetos que representan trabajos y sacrificios..." (24).

En efecto, parece acertada la rectificación de conceptos, pues si fuera prohibitivo su establecimiento sobre huertas, se reduciría extraordinariamente su ámbito de aplicación, y de ahí que estimemos justo referir la prohibición a "huertos". No está definido legalmente el concepto de "huerto", que los diccionarios al uso describen como "sitio de corta extensión en que se plantan hortalizas, legumbres y árboles frutales", o como limitada extensión de terreno particular cerrado por todas partes, o como ha hecho el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de mayo de 1947, al considerarlo "como bien comprendido por pequeña extensión y por su lugar anejo a vivienda"; y según la de 27 de marzo de 1958 no puede reputarse huerto la finca destinada al cultivo de leguminosas y cereales.

Siempre tuvo el "huerto" en nuestra legislación un trato de favor, incluso en orden tributario, al eximir de contribución a los huertos parroquiales por considerar que dada su escasa extensión, y constituir en muchos casos la base de sustentación económica de una familia, merecía esa solícita consideración, que tuvo su refrendo en la legislación de aguas, liberándolos de esta servidumbre de acueducto, que en ciertos casos supondría la inutilización del mismo o, como decía Gutiérrez, la destrucción de una riqueza que "representaba trabajos y sacrificios", y que en nuestros días ha adquirido un mayor relieve su tutela, con el renacimiento de los huertos familiares que en buena hora surge como uno de los mejores frutos de una política social que llega a las zonas rurales en momentos de extrema decadencia de las mismas.

Lo cierto es que el Supremo, sin la más leve variación desde la sentencia citada hasta las de nuestros días, ha mantenido este acertado criterio que bien merece ser anotado en las ediciones que se hacen de la Ley de Aguas, para de esta forma evitar los errores en que con tanta frecuencia inciden los que impugnan esta servidumbre. Así lo declara la sentencia de 27 de marzo de 1958.

Sentencia de 7 de diciembre de 1906.—Convencencia mutua.

No se limitó ésta a la mera revocación o confirmación del acuerdo recurrido. El pleito que la motivó ofrecía la particularidad de que se discutía un acueducto para fines industriales. El gobernador civil había

(24) Códigos o Estudios fundamentales sobre Derecho Civil, 5.^a edición, tomo II, Madrid 1881, pág. 632.

autorizado un aprovechamiento del Guadalquivir con el fin de utilizarlo como fuerza motriz en la producción de energía eléctrica, en cuya concesión figuraba, entre otras condiciones, la de imponer, previa instrucción del oportuno expediente, la servidumbre forzosa de acueducto. Se tramitó el expediente según la Instrucción de 30 de diciembre de 1852, y el gobernador acordó la imposición de la servidumbre solicitada, que fué impugnada en vía gubernativa, alegando le era muy perjudicial al oponente el trazado autorizado; desestimada la reclamación, se promueve recurso contencioso-administrativo, basado en la propia alegación, y el Supremo lo rechaza considerando que al concretar una recurrente su pretensión de que se modificara el trazado del canal por motivos que afectaban a su propia y exclusiva conveniencia, se olvidó de demostrar, asimismo, que esa alteración era también conveniente para el concesionario, demostración que como obligatoria le impone el número 2.º del artículo 80, porque cualquier cambio en este punto para que pueda aceptarse, ha de ser mutuamente ventajosa, y faltando, como aquí en efecto falta, esa prueba, su solicitud es improcedente.

Es interesante esta sentencia al determinar que la carga de la prueba referente a la mejor utilidad con la variante propugnada por el oponente pesa precisamente sobre éste; prueba que ha de ser acabada y tan intensa que desvirtúe las resultancias derivadas de la aportación documental que haga el peticionario de la citada servidumbre.

Esta tesis ha sido compartida íntegramente en posteriores sentencias, concretamente, por la de 17 de diciembre de 1955, en la que se declara que no basta para que prospere la oposición fundada en el número 2.º del artículo 80 de la Ley "que el opositor alegue o demuestre que la alteración que propone es menos lesiva para él que el trazado proyectado, sino que precisa también demostrar que no sería menos ventajosa para el que pretende imponer la aludida servidumbre". En esta sentencia se rechaza la alegación que se hace, apoyada en el dictamen de un perito agrícola, por cuanto los reiterados informes emitidos por los ingenieros del Servicio Hidráulico admiten, sí, que sea menos lesiva para sus intereses, pero no así para los del peticionario. En definitiva, se mantiene la doctrina de la sentencia de 7 de diciembre de 1906, de que la variante o modificación propuesta por el reclamante tiene que ser igualmente beneficiosa para el predio sirviente como para el predio dominante.

Sentencia de 16 de marzo de 1932.

Aunque se refiere a un caso de servidumbre para un servicio público, se contiene en ella una declaración interesante en orden a la autoridad competente para acordar la imposición de la misma. Dice el considerando segundo que el artículo 75 de la Ley de Aguas hace referencia a la "autorización" para la imposición o establecimiento de la servidumbre en sí misma, determinando cuál es la autoridad llamada a decretarla a nombre del Poder público, con la limitación de derechos

que para los predios sirvientes, públicos o privados, viene a constituir toda servidumbre: acto de soberanía y de restricción del derecho de propiedad que, como es lógico, se atribuye a la Administración del Estado, representado exclusivamente por el Ministerio de Fomento o por el gobernador de la provincia, verdadero delegado de aquél a estos efectos en toda la de su jurisdicción, mientras que el artículo 76 se refiere sólo "al permiso", mera licencia o consentimiento específico no para la constitución de la servidumbre, sino para el acto material de atravesar las vías públicas.

El problema surge precisamente como consecuencia de esta legislación un tanto anacrónica que tiene difícil encaje en nuestra época en que han quedado perfectamente deslindadas las funciones declarativas asignadas a los órganos de la Administración general, con las meramente informativas que los textos legales de fin de siglo concedían a los Ayuntamientos, a la Comisión provincial, etc., etc., funciones que fueron totalmente alteradas ya con la promulgación del Estatuto municipal y el provincial y que posteriormente tuvieron una más honda modificación, sobre todo desde que por Ley de 20 de mayo de 1932 se dispuso que las facultades que en orden a la incoación, tramitación y resolución de los expedientes relacionados con los servicios de obras públicas conferidos a los gobernadores civiles quedarán atribuidos, a partir "de la promulgación de la presente Ley, a los ingenieros jefes de Obras Públicas de las respectivas Demarcaciones"; como consecuencia de esta variación tan fundamental, se ha modificado también el régimen de órganos consultivos o de asesoramiento, de tal forma, que en muchos casos ya no es el órgano de ámbito provincial afecto al Gobierno Civil de la provincia donde radica la obra en cuestión, sino que se ha trasladado la función de asesoramiento al organismo donde radica la autoridad técnica de Obras públicas a otorgar la concesión erigida con ámbito interprovincial, bien sea de toda una cuenca hidráulica o por mancomunidades de servicio.

Sentencia de 10 de mayo de 1953.—Basta la propiedad del agua o del terreno.

Esta sentencia aclara y concreta el texto de la Ley de Aguas, estimando que conforme al artículo 80 de la misma y a la R. O. de 28 de septiembre de 1883, para que pueda decretarse esta servidumbre basta que el que la solicite sea dueño del agua o del terreno a regar, sin que sea necesario que lo sea de ambas cosas.

Rechaza el Supremo la oposición fundamental del recurso basada en el artículo 84, por entender que siguiendo el mismo trazado de la servidumbre que se le impone, proyecta un acueducto para el riego, ya que ese futuro acueducto no es en realidad actual y, por tanto, no se está en el supuesto que contempla el citado artículo 84 que lo único que prohíbe es que la servidumbre forzosa de acueducto tenga lugar por dentro de otro acueducto preexistente.

Es verdad que el principio informativo de ese artículo 84 consagraba la doctrina que expusiera brillantemente ORTOLÁN de que no se puede establecer servidumbre sobre servidumbre, *servitus servitutis esse non potest*, porque las servidumbres son fragmentos inmediatamente separados del derecho de dominio, siquiera el precepto invocado consagre expresamente la excepción a la regla general de que puede admitirse un acueducto sobre otro, cuando el dueño de éste lo consienta.

Sentencia de 20 de septiembre de 1944.—Justificación de la propiedad de las aguas.

Esta exigencia necesaria, tanto por el Código civil como por la Ley de Aguas, se entiende cumplida, según esta sentencia, con el documento acreditativo de la cesión hecha a favor del peticionario por el concesionario de dicho caudal, por cuanto “al ceder a los usuarios una porción de las aguas que tiene concedidas, los convierte en concesionarios de ese caudal, que el usuario disfruta con perfecto derecho a disponer del agua en tanto en cuanto abone el canon establecido, realice las obras y cumpla con las demás condiciones”.

La doctrina de esta sentencia no es exacta de modo absoluto, sobre todo en los casos en los que la concesión del aprovechamiento de aguas originario, prohíbe la cesión de dicho caudal o toda distracción de parte del mismo, para aplicaciones distintas de las que señaló el concesionario; de ahí que en cada caso hayan de tenerse muy en cuenta las condiciones impuestas en la concesión del aprovechamiento.

La sentencia de 7 de julio de 1946 exige también la condición de propietario para legitimar una oposición al establecimiento de dicha servidumbre, y en tal sentido declara que no basta la condición de viuda del comprador de la finca en situación de predio sirviente para acreditar su condición de condueña de tal finca.

Sentencia de 20 de marzo de 1945.—Inaplicación del Decreto de 7 de enero de 1927

Se había promovido recurso contencioso-administrativo, en el que principalmente se solicitaba la nulidad del expediente, al no haber sido oídos los organismos que señalaba el Decreto de 7 de enero de 1927. El Supremo rechaza tal alegación y declara que dicho Real Decreto regula prolijamente los expedientes de concesión administrativa de aguas públicas y de terrenos de dominio público para obras de toma y conducción y distribución de aguas o para instalación de fábricas o artefactos o de canales de desagüe, pero en ningún instante alude a la concesión de servidumbre de terrenos particulares, y por ende, no se incide en vicio de nulidad porque no hayan informado los organismos que el indicado Decreto señala para los expedientes de concesión propiamente dichos.

Aclara esta sentencia, a nuestro entender, muy acertadamente el ám-

bito de aplicación del citado Decreto de enero de 1927, tan discutido, más que en el campo del Derecho, en el meramente económico y financiero. Esta servidumbre de acueducto por objeto privado reúne unas características peculiares que la legislación ha consagrado ya en su origen al hacerla objeto de una regulación particularísima mediante la Ley de Bravo Murillo, de fondo esencialmente privado y civilístico, que luego fué atenuándose en las modificaciones posteriores, a tal punto que casi aparece identificada su naturaleza con las concesiones administrativas propiamente dichas. Acierta el Supremo en esta sentencia, pues entendemos que no puede identificarse con la concesión administrativa el Decreto acordando la imposición de esta servidumbre, que más bien tiene carácter jurisdiccional al dirimir la pugna de intereses entre la titularidad del predio sirviente y dominante. No hay concesión administrativa, por cuanto esta servidumbre se limita a ser mero instrumento para la utilización plena, para el desarrollo total de unas posibilidades económicas del derecho de propiedad sobre determinada finca, pero sin investidura alguna de carácter público, sin afectación a ningún servicio público, ya que directamente se tiende al desarrollo integral de un derecho de propiedad privada del que han de derivar unas mayores utilidades, unas ganancias superiores para ese propietario que también pueden repercutir en el bien general mediante la obtención de mayores cosechas, que indudablemente significa una mayor utilidad general.

Sentencia de 7 de enero de 1944.—Servidumbre temporal.

Desecha esta sentencia la impugnación que se hacía de que la servidumbre acordada lo fuera con carácter temporal, pues ello nada significa en orden a su procedencia, ni obsta a que se pueda convertir, si lo precisara, sin necesidad de nueva concesión, en perpetua, porque tal eventualidad está prevista por el artículo 89, en relación con el 87 de la Ley de Bases.

Sentencia de 6 de mayo de 1960.

Se impugnaba la imposición de esta servidumbre, con objeto de conducir agua elevada de un pozo situado en terrenos de dominio público para el riego de una finca de la propiedad del beneficiario en el término municipal de Tordera. La Sala 3.^a desestimó el recurso que fundamentalmente se apoyaba en no estar ejecutadas las obras necesarias para que pudiera existir el aprovechamiento que apoyaba en un testimonio del acta de reconocimiento de los terrenos que autorizaba el notario de la localidad, por estimar que de las actuaciones que integran el expediente administrativo, especialmente del informe emitido por el Ingeniero encargado del servicio, queda acreditado que en las márgenes del río Tordera había un pozo de tipo abisimio, estando instalada la tubería de conducción menos en la finca donde se trataba de

imponer la servidumbre, extremo corroborado cuando, a virtud del recurso de alzada en vía gubernativa, fué recabado nuevo informe de dicho técnico.

Contiene esta sentencia un razonamiento perfectamente claro, y además, refutando la tesis del recurrente, se afirma que "ni en el artículo 80 de la Ley de Aguas, ni en todo el contexto del Decreto de 19 de enero de 1934, permiten admitir la necesidad de que estén terminados los medios de captación y conducción para que nazca el derecho a la servidumbre de acueducto, como se quiere por el actor, por estar el origen en la concesión administrativa, en cuyo clausulado se previene, con arreglo al artículo 77 de la Ley citada, que admite la servidumbre, entre otros fines, para riegos". Es acertada esta interpretación, ya que el condicionar el acuerdo de imposición a la terminación de las obras sería dilatar en exceso el otorgamiento de dicha servidumbre, con los consiguientes perjuicios para el titular de la misma, que, por otra parte, no acometería las obras de conducción del agua hasta que se le otorgase dicha servidumbre, lo que prácticamente se traduciría en verse privado de un derecho indiscutible a la utilización de un caudal de agua que ha obtenido a virtud de una concesión administrativa perfecta.

X

URGENTE NECESIDAD DE MODERNIZAR SU REGULACIÓN

Si ya los antiguos legitimaron esta servidumbre y justificaron su establecimiento considerándola como muy conveniente, es indudable que en nuestros días es necesaria y no sólo conveniente, y su generalización por todo el ámbito nacional requiere una regulación flexible, clara y sencilla para que pueda llegarse a su establecimiento.

Como ya hemos dicho anteriormente, el progreso científico y los avances de la técnica agronómica han despertado en los cultivadores de la tierra un decidido afán de aprovechar todas las posibilidades para obtener un mayor rendimiento en los cultivos que realice. La mayor producción es un imperativo del momento, unas veces por imposición del Poder público, otras veces estímulos sociales o el propio impulso y celo individual, deciden alcanzar estas metas, y para ello nada tan útil como incorporar los caudales de aguas, tan abundantes en el suelo español, a fecundar las tierras que por encontrarse en un nivel más bajo pueden beneficiarse con ella. Para que esto sea una realidad, hay que eliminar lo que pudiéramos llamar obstáculos de origen legalista, si se mantienen vigentes normas jurídicas obstaculizadoras o retardatarias. No podemos olvidar que la propiedad de un inmueble, como ha dicho SCHWIND, muchas veces no basta para aprovecharlos de una manera plena, sino que las condiciones locales imponen con frecuencia la necesidad de aprovechar ventajas que se hallan en un predio vecino, un manantial, un camino, etc. En semejantes casos, el poder

dominical del propietario choca con los límites de otro poder dominical; de ahí que la Ley facilite el aprovechamiento pleno mediante una leve restricción en el goce y disfrute del que va a ser predio sirviente.

Nuestra legislación brinda abundantes antecedentes en orden al logro de lo que llamamos imperativo del momento, que se traduce en la obligación de alcanzar el mayor rendimiento, la mayor producción: unas veces facultando a las Jefaturas Agronómicas para sancionar aquellos casos en que se estima que existe deficiente cultivo, otras veces con la imposición de arbitrios no fiscales sobre terrenos incultos o deficientemente laborados. Todas esas medidas coercitivas demuestran la necesidad de facilitar la realización de ese cometido social que impone a las tierras la máxima producción que sea susceptible. Instrumento eficaz para ello es el establecimiento de servidumbre de acueducto en los casos en que sea susceptible de realización, en los que se impone que se lleve a efecto con las compensaciones económicas adecuadas para que pueda vencerse y eliminarse la resistencia que el titular del predio sirviente pueda oponer.

Como anteriormente decimos, la legislación actual resulta anticuada, anacrónica y, en muchos casos, prohibitiva por su elevado coste, que la tramitación del expediente administrativo supone, sobre todo para los casos de servidumbre, que ha de beneficiar a fincas de escaso volumen con caudales también reducidos. Hay que habilitar un procedimiento sencillo, con devesgos limitados cuando se trate de acueductos de escasa importancia, pero que son muy frecuentes. Igualmente, precisa modernizar las normas jurídicas actualizándolas con la realidad presente y con los avances de la técnica de las construcciones hidráulicas y la muy especial agronómica.

Es igualmente necesario adaptar las normas procesales a las últimas creaciones que recoge la Ley de Procedimiento Administrativo, diferenciando, como antes decimos, normas para acueductos de elevado coste que hayan de beneficiar a fincas extensas, de aquellos otros referidos a predios de reducida extensión, o de cultivos menos intensivos, sin olvidar las normas consuetudinarias que aparezcan consagradas en las Ordenanzas de Riegos debidamente aprobadas por la Administración pública.

Se acentúa cada día más el deseo de industrializar el campo, de facilitar en las zonas rurales el montaje industrial necesario para reactivar esas economías sumamente débiles, y a este fin los acueductos con fines industriales deben ser fomentados en lo posible, venciendo la oposición que los titulares de dominio o posesión de los predios sirvientes puedan hacer; con razón ha dicho LATOUR BROTON que es necesario revisar "las antinomias vigentes concordando los distintos preceptos que tratan de la propiedad de las aguas, irradiando como estrecha la clasificación entre aguas públicas y privadas, para salvar el escollo de la naturaleza de los sobrantes de aguas privadas" (25).

No hay duda que un buen régimen jurídico facilita los avances y

(25) Ob. cit., pág. 88.

mejoramientos de tipo social en ocasiones con mayor eficacia que con reformas anunciadas con cierto estruendo reformador y político, que pueden ser más perturbadoras que beneficiosas. No olvidemos que, como dijo el maestro DE DIEGO, la conexión de las servidumbres legales de interés privado con el orden social es evidente, "puesto que sirven al mejor cultivo del campo y explotación del suelo y de la riqueza nacional" (26).

Acertadamente ha dicho FEDERICO DE CASTRO que el derecho, "como basado en una determinada concepción moral y política, no puede permanecer en actitud de absoluta indiferencia respecto a cualquier resolución que se refiera a la convivencia social". En efecto, muchas veces una normativa legal, sea de Derecho civil o de Derecho administrativo, puede ser más fecunda en relaciones sociales en orden al progreso y bienestar ciudadano que esas otras reformas surgidas con afanes revolucionarios, cuyos efectos psicológicos frustran en su origen los efectos beneficiosos perseguidos (27).

Si en 1881 ALONSO MARTÍNEZ decía "la nación española no puede seguir gobernándose por Códigos muy anteriores a los adelantos que ha hecho la ciencia jurídica", con mayor razón podemos afirmar que estas servidumbres de acueductos de orden privado no pueden continuar regulándose por una legislación que desarrolla los principios que inspiró la Ley de Bravo Murillo de 1849, levemente modificada en las sucesivas reformas anteriormente estudiadas, sobre todo si se tiene en cuenta los adelantos, tanto en la ciencia jurídica como en la técnica agrosocial, a cuyos avances es obligado adaptar el ordenamiento jurídico de estas Instituciones; de ahí la necesidad de una reforma urgente en la legislación que específicamente regula esta servidumbre.

(26) Ob. cit., pág. 270.

(27) *Derecho Civil de España*, parte general, Madrid 1949, pág. 43. Todo Derecho vivo es siempre una tensión constante, añade tan ilustre Profesor, entre las resistencias de la realidad social y las aspiraciones de sus principios y supone siempre una labor creadora y reformadora.