

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11450 *Resolución de 8 de noviembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación practicada por el registrador de la propiedad de Cieza nº 1, relativa a una escritura de constitución de servidumbre de agua.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Navarro Cremades, notario de Abarán, contra la calificación practicada por el registrador de la Propiedad de Cieza número 1, don Jesús Díaz Martínez, relativa a una escritura de constitución de servidumbre de agua.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Abarán, don Antonio Navarro Cremades, con el número 367 de protocolo, la «Comunidad de Regantes Pozo Perdiguera» constituyó una servidumbre de agua para riego sobre la finca registral número 8.146 del Registro de la Propiedad de Cieza número 1, que se constituyó como predio sirviente, en favor de las registrales 30.012 y 31.886. Del archivo registral resulta que el predio sirviente, la finca 8.146 de Cieza, está descrita como una rústica en el término municipal de Cieza, pago de Perdiguera, de 350 metros cuadrados. «Dentro del perímetro de esta finca existe un pozo circular, que tiene dos metros de diámetro, por siete metros noventa centímetros de profundidad, en cuyo pozo se alumbran aguas subterráneas con un caudal de ochenta y siete litros por segundo». Esta instalación fue autorizada por el gobernador civil de la provincia por decreto de 10 de febrero de 1958 y quedó inscrito en la Jefatura de Minas de Murcia con el número 35 del término de Cieza. Dicho caudal de agua quedó inscrito en el historial registral, inscripción 1.^a, «como cualidad inherente a la referida parcela de tierra de la que forma parte».

II

Dicho documento fue presentado en el Registro de la Propiedad de Cieza número 1 el día 2 de mayo de 2016, retirado por su presentante el día 19 de mayo de 2016, reintegrado el día 8 de julio de 2016 y siendo objeto de la siguiente nota de calificación negativa: «El Registrador que suscribe, previa calificación del precedente documento con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la misma y de su Reglamento, ha resuelto con esta fecha no practicar las operaciones solicitadas en base a los siguientes Hechos: Primero.—El dos de mayo de dos mil dieciséis se presenta en este Registro, causando el asiento número 1.111 del Diario 110, primera copia autorizada de una escritura otorgada en Abarán, ante su Notario, don Antonio Navarro Cremades, el día once de abril de dos mil dieciséis, bajo el número trescientos sesenta y siete de su protocolo, por la que la «Comunidad de Regantes Pozo Perdiguera» de Cieza, debidamente representada por su Presidente, don J. P. D. L., y en cumplimiento de los acuerdos adoptados en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día catorce de septiembre de dos mil quince, constituye servidumbre de agua para riego sobre la finca registral 8.416 de Cieza, predio sirviente, en favor de las fincas registrales 30.012 y 31.886 de Cieza, predios dominantes, propiedad de don F. T. B. Retirado por su presentante con fecha diecinueve de mayo del presente año, fue reintegrado en este Registro el pasado día ocho de julio, quedando prorrogado el citado asiento de presentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, hasta el día veintinueve de julio de dos mil dieciséis. Segundo.—El predio sirviente o finca registral 8.416 de Cieza tiene la

siguiente descripción registral: «Rústica: En el término municipal de Cieza, pago de Perdiguera, un trozo de terreno de riego de la acequia de la (...), de superficie trescientos cincuenta metros cuadrados, que linda: por el Norte, y Este, resto de la finca matriz; Sur, A. M. M.; y Oeste, J. S. H., senda del brazal regador por medio y por la cual tiene su entrada esta finca y el resto de la matriz. Dentro del perímetro de esta finca existe un pozo de forma circular, que tiene dos metros de diámetro, por siete metros, noventa centímetros de profundidad, en cuyo pozo se alumbran aguas subterráneas con un caudal de ochenta y siete litros por segundo, según aforo oficial que practicó don J. P. N., Ingeniero del Cuerpo Nacional de Minas y Delegado en Murcia del Instituto Geológico y Minero de España, acompañado del Ayudante don V. P. Z., el día quince de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis. Comprendiendo en su interior dicho pozo, hay construida una edificación que mide diez metros, ochenta centímetros de Norte a Sur, y seis metros, sesenta centímetros, de Este a Oeste, en total una superficie de setenta y un metros, veintiocho decímetros cuadrados, a la que rodea en toda su superficie una faja de tierra que es el resto de la parcela no edificado y se destina a ensanches. Además hay enclavado en el edificio un foso de tres metros, sesenta centímetros de profundidad, en cuyo fondo está la bancada donde se ha instalado una bomba centrífuga marca Worthington número 39883 directamente acoplada a un motor eléctrico de 200 H.P., número 96.042 para la elevación de aguas subterráneas. Esta instalación fue autorizada por el Excelentísimo Señor Gobernador Civil de la Provincia en Decreto de fecha 10 de febrero de 1958 (y no 1957 como se indica en el título calificado), y quedó inscrita en la Jefatura de Minas de Murcia con el número 35 del término de Cieza».—La reseñada descripción es la última que resulta del historial registral de la finca o predio sirviente según su inscripción 49ª, constando en su inscripción 1.ª de segregación y obra nueva, practicada con fecha dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, en virtud de escritura otorgada en Cieza, ante su Notario don Alfredo Montés Alfonso, el día veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, que el expresado caudal de agua subterránea se hace constar «como cualidad inherente a la referida parcela de tierra de la que forma parte, lo que se acredita con un acta autorizada en esta ciudad el día veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por el Notario de la misma, don Alfredo Montés Alfonso, que se personó en el lugar donde radica esta finca, acompañado del perito aparejador don J. A. R. L., de don G. M. L., propietario, y de don A. M. M., agricultor, comprobando la existencia de dicho pozo y sus dimensiones, que son de dos metros de diámetro por siete metros noventa centímetros de profundidad; que la pared del Norte del pozo que es la más cercana al río Segura, dista de la orilla de este río hasta el límite donde llegan las aguas ciento ocho metros, que no hay ningún otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público a menor distancia que la expresada, y sin que exista tampoco ningún pozo en una distancia de quinientos metros de este en la margen derecha del nombrado río Segura; siendo el caudal de agua obtenido en el aforo practicado de ochenta y siete litros por segundo a los efectos de los artículos veintidós y veintitrés de la Ley de Aguas, cuatrocientos diecisiete y cuatrocientos dieciocho y cuatrocientos ocho, número tercero, del Código Civil, se hace constar que por el perito antes citado se comprobó a presencia del Notario y testigos antes mencionados la distancia que existe del referido pozo a la orilla del río, siendo la expresada anteriormente, y que por dicho don J. P. N., Ingeniero Delegado en Murcia del Instituto Geológico y Minero de España se practicó el reconocimiento y aforo del aludido pozo, lo que se hace constar a los efectos del artículo segundo y número segundo del artículo siete del Decreto de veintitrés de agosto de mil novecientos treinta y cuatro». Tercero.—Como se ha indicado en el hecho primero, sobre la finca descrita en el hecho anterior se constituye servidumbre de agua para riego de las fincas registrales 30.012 y 31.886 de Cieza, en cantidad suficiente para proporcionar a los predios dominantes determinados riegos. Cuarto.—La aludida servidumbre se constituye con carácter perpetuo. Quinto.—El contenido de la servidumbre es proporcionar a los predios dominantes los siguientes riegos: Meses de enero y febrero un riego, entre los dos meses, compartiendo la mitad de tierra en el citado período bimensual de tiempo; marzo un riego en toda la finca, compartida la tierra por mitad en cada quince días; abril, mayo, junio, julio

y agosto, en la misma forma que marzo; septiembre y octubre, igual que enero y febrero; en noviembre y diciembre, no se establece ningún derecho de riego. Sexto.—El último párrafo del otorgamiento segundo establece que «El dueño del predio dominante por sí o sus causahabientes el compromiso de dar paso libre sobre la finca antes descrita (predio dominante) a las aguas procedentes del predio sirviente y a cualesquiera otras que pertenezcan o puedan pertenecer a los dueños del predio sirviente o a sus herederos, para que estos puedan regar las fincas de que son propietarios o adquieran en lo sucesivo e incluso los terrenos que se rieguen con aguas que se alumbren en sus fincas». Séptimo.—Según se indica en el otorgamiento primero, la servidumbre se valora a efectos fiscales en cinco mil doscientos treinta y seis euros, cantidad que el representante de la Comunidad de Regantes declara haber recibido con fecha veinte de diciembre de dos mil cinco, según se desprende de la certificación librada el día siete de abril de dos mil dieciséis por don P. V. S., Secretario de dicha Comunidad, con el visto bueno de su Presidente, cuyas firmas da por legitimadas por conocidas el Notario autorizante de la escritura calificada, la cual se incorpora como documento unido. Octavo.—En la certificación referida en el hecho anterior se señala que la «Comunidad de Regantes del Pozo Perdiguera de Cieza» «ha recibido e ingresado en la Caja social, bien por ingreso o transferencia o bien mediante pago en metálico en las oficinas de esta Comunidad en las fechas y por los titulares de las fincas que seguidamente se dirán (entre las cuales figuran las registrales 30.012 y 31.886 de Cieza por la suma de 5.236 euros), las cantidades correspondientes al pago por el reconocimiento de los derechos de riego o servidumbres de riego en las parcelas y registrales que se dirán, que aún estando regándose no tenían reconocido su derecho en escritura pública pese a estar comprendidas dentro del perímetro de riego de dicho Pozo». Noveno.—La finca registral 31.886 de Cieza aparece inscrita a favor de don F. T. B., con D.N.I./N.I.F. (...), mientras que en la escritura comparece un señor con D.N.I./N.I.F. número (...).—A la vista de los anteriores hechos, resultan los siguientes defectos impeditivos de la inscripción solicitada, conforme a sus correlativos Fundamentos de Derecho: Primero.—En relación con los hechos segundo y tercero, el estudio de la cuestión planteada ha de partir necesariamente de la situación registral existente en el predio sirviente. En este sentido, como se ha indicado, de la inscripción 1.^a del predio sirviente o finca registral 8.416 de Cieza resultan dos datos que han de ser tenidos en cuenta: Por un lado, se solicita la inscripción del expresado caudal de agua subterránea, consistente en ochenta y siete litros por segundo, «como cualidad inherente a la referida parcela de tierra de la que forma parte», lo que nos conduce a la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, en su redacción original, vigente a la fecha de la citada inscripción 1.^a (dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta y ocho), según el cual «sin perjuicio de lo preceptuado en el párrafo anterior, podrá hacerse constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte, como una cualidad de la misma».—Y, por otro, se hace constar que, por el Ingeniero Delegado en Murcia del Instituto Geológico y Minero de España, se practicó el reconocimiento y aforo del aludido pozo, inscribiéndose el dominio de la finca registral 8.416 de la siguiente forma: «En su virtud, inscribo a favor de ... la finca de este número, por segregación del trozo de tierra de la aludida finca total que en dicha proporción adquirieron por título de compra, con el alumbramiento de aguas subterráneas existente en la misma, y declaración de las obras realizadas a sus expensas, en los términos relacionados anteriormente».—La citada inscripción 1.^a, como también se ha adelantado, se practicó de conformidad con lo establecido en los siguientes preceptos: a) los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 («artículo 22.—Cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o por galerías, el que las hallare e hiciese surgir a la superficie del terreno será dueño de ellas a perpetuidad, sin perder su derecho aunque salgan de la finca donde vieron la luz, cualquiera que sea la dirección que el alumbrador quiera darles mientras conserve su dominio. Si el dueño de las aguas alumbradas no construyese acueducto para conducir las por los predios inferiores que atravesasen, y las dejase abandonadas a su curso natural, entonces entrarán los dueños de estos predios a disfrutar del derecho eventual que les confieren los artículos 5

y 10 respecto de los manantiales naturales superiores, y el definitivo que establece el 10, con las limitaciones fijadas en los artículos 7 y 14»; y, «artículo 23.—El dueño de cualquier terreno, puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural. Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas, destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, el Alcalde, de oficio a excitación del Ayuntamiento en el primer caso, o mediante denuncia de los interesados en el segundo, podrá suspender las obras. La providencia del Alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el Gobernador de la provincia, quien dictará la resolución que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial»; y, b) los artículos 408,3º, 417 y 418 del Código Civil, igualmente en su redacción entonces vigente («artículo 408,3º.—Son de dominio privado: ... 3.º Las aguas subterráneas que se hallen en estos»; «artículo 417.—Solo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas. La investigación de aguas subterráneas en terrenos de dominio público solo puede hacerse con licencia administrativa»; y, «artículo 418.—Las aguas alumbradas conforme a la Ley Especial de Aguas pertenecen al que las alumbró»).—No obstante, el panorama legislativo en esta materia cambia a raíz de la promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que, en su artículo 132.2, preceptúa que «Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental», norma que, según la Sentencia del Tribunal Constitucional número 227/1988, de 29 de noviembre, «ofrece una clara pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que al legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales, incluyéndolos en el dominio público estatal. Dicha pauta se deduce de una lectura sistemática del conjunto del precepto, y se confirma, en la línea de la interpretación unitaria de la Constitución a que hemos hecho referencia con anterioridad, si se tienen en cuenta, por un lado, el significado y alcance de la institución del dominio público y, por otro, los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que guardan directa relación con el régimen jurídico de la titularidad de los bienes. En efecto, no es casual, como lo demuestran también los antecedentes parlamentarios, que la Constitución haya incorporado directamente al dominio público estatal en el artículo 132.2 determinados tipos de bienes que, como la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, etc., constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio “natural” formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal (“en todo caso” reza el art. 132.2), pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración... Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce. Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen».—La citada Sentencia del Tribunal Constitucional se pronuncia, como ha podido observarse, sobre diversos preceptos de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (entrada en vigor: 1 de enero de 1986), que derogó, entre otras normas, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y los artículos 407 a 425 del Código Civil de 24 de julio de 1889, en cuanto se opusieran a lo establecido en

la citada Ley. La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Aguas ya adelanta que el nuevo «planteamiento impone, por tanto, como novedad la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho a apropiárselas que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase. Esta declaración no afecta necesariamente a los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas, alumbradas al amparo de la legislación que se deroga, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la Ley establece». En coherencia con ello, el artículo 2 señaló que «Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos», a lo que el artículo 12 añadía que «El dominio público de los acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fondo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, con la salvedad prevista en el apartado 2 del artículo 51».—Por su parte, el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, contiene una serie de normas que es necesario reproducir en esta sede, a saber: el artículo 1.2 señala que «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico (art. 1.2 de la LA)»; el artículo 2 d) preceptúa que «Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en la Ley: d) Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (art. 2 de la LA)»; el artículo 15 señala que «1. Se entiende por acuíferos, terrenos acuíferos o acuíferos subterráneos aquellas formaciones geológicas que contienen agua, o la han contenido y por las cuales el agua puede fluir. 2. El dominio público de los acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fondo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, con la salvedad prevista en el apartado 2 del artículo 52 de la Ley de Aguas (art. 12 de la LA)»; el artículo 84 dispone que «1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley de Aguas y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y la prohibición del abuso del derecho (art. 52.1 de la LA). 2. En las condiciones que establece este Reglamento, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización (art. 52.2 de la LA). 3. Las aguas a que se refieren los apartados anteriores no podrán utilizarse en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas»; y, por no extendernos más, cabría citar también, sin ánimo exhaustivo, lo sentado en los artículos 13, 83, 93, 97, 103, 144, 145, 174, 175, 184, 188.4 y 343 de dicho Reglamento.—La Ley de Aguas de 1985 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (en vigor desde el día 25 de julio de 2001, y al que en la actualidad debemos entender hecha la remisión que efectúa el artículo 563 del Código Civil), que señala, en su artículo 1.3, que «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico», y en su artículo 2 a) y d) que «Constituyen el dominio público hidráulico

del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos». Asimismo, deben tenerse en cuenta las previsiones contenidas en los artículos 10, 12, 54.2, 57, 59.1 y 4, 61.4, 63, 67.1 y 68.4 de dicho texto legal.—Por lo tanto, y centrándonos en las aguas privadas, que es lo que interesa en esta sede vista la configuración registral del predio sirviente, es posible, de acuerdo con el régimen legal vigente, distinguir dos grandes grupos: A) Aguas privadas de carácter permanente.—Tendrán carácter privado: i) las charcas situadas en predios de propiedad privada, las cuales se considerarán como parte integrante de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios y sin perjuicio de la aplicación de la legislación ambiental correspondiente (artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Aguas); ii) las aguas pluviales que discurran por una finca y las estancadas, dentro de sus linderos, las cuales pueden ser aprovechadas por el propietario de la finca, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho (artículo 54.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas); iii) las aguas procedentes de manantiales situados en el interior de la finca y las aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, las cuales, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio (artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas); y, iv) los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, que conservarán el carácter dominical que ostentaren en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Aguas). En los tres primeros casos, las mencionadas aguas no podrán utilizarse en finca distinta de aquella en que nazcan, discurran o estén estancadas, tal y como se ha dicho, lo cual constituye una limitación impuesta al dominio privado de tales aguas. B) Aguas privadas temporales.—Ello nos acerca a la regulación contenida en las disposiciones transitorias, tanto de la Ley de Aguas de 1985, como del vigente Texto Refundido, cuerpos legales de los que solo reproduciremos, por ser lo atinente al supuesto que nos ocupa, las que se refieren a las aguas procedentes de pozos: i) disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley de Aguas de 1985 («Tercera. 1. Quienes, conforme a la legislación que se deroga, fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación, podrán acreditar en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la Ley y ante el Organismo de cuenca correspondiente, para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes. La Administración respetará el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados, por un plazo de cincuenta años. Quienes, al término de dicho plazo, se encuentren utilizando los caudales en virtud del título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente Ley. El carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejercite, como consecuencia de la transformación del derecho. 2. Transcurrido el plazo de tres años previsto en el apartado 1 de esta disposición, será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda. 3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley. 4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta disposición transitoria, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico»; y, «Cuarta.—1. Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos, y a los efectos previstos en

las disposiciones transitorias segunda y tercera. 2. Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determine reglamentariamente. El Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca. 3. Los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el artículo 109 de la presente Ley); y, ii) disposiciones transitorias tercera, tercera bis y cuarta del Texto Refundido de 2001 («Disposición transitoria tercera. Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías, derivados de la Ley de 13 de junio de 1879. 1. Los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la disposición transitoria tercera 1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la citada Ley. 2. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos, de conformidad con la disposición transitoria tercera 1, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. 3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley. 4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta disposición transitoria, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico»; «Disposición transitoria tercera bis. Disposiciones comunes a la aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera. 1. A los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío. La Dirección General del Agua dictará unas instrucciones en las que se establezcan los criterios técnicos para la aplicación uniforme de lo establecido en este apartado. 2. La concesión a que hacen referencia las disposiciones transitorias segunda y tercera en sus apartados terceros se otorgará, a instancia de parte, sin procedimiento de competencia de proyectos, exigirá el informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico y el de la Administración competente en función del uso a que se destine, se someterá a información pública y en caso de existir Comunidad de Usuarios, se solicitará informe a la misma. 3. La concesión a otorgar tendrá las siguientes características: a) El plazo de la concesión no será inferior al establecido en su inscripción en la sección C del Registro de Aguas, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva concesión. b) Recogerá las características con que el aprovechamiento esté incluido en la sección C del Registro de Aguas de la cuenca, a excepción de las características objeto de modificación que hayan motivado el inicio del procedimiento, y previa comprobación de su adecuación a la realidad por parte del organismo de cuenca. 4. En el caso de que la concesión se refiera a masas de agua subterránea declaradas en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado a que se refiere el artículo 56, la concesión estará sometida a las limitaciones establecidas en el programa de actuación, o en su defecto, a las medidas cautelares relativas a la extracción o de protección de la calidad del agua subterránea que en su caso se establezcan. 5. Cuando la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento no haya sido comunicada por su titular al organismo de cuenca para su autorización, sin perjuicio de la

aplicación del procedimiento sancionador previsto, el organismo de cuenca requerirá al interesado para que solicite y obtenga la correspondiente concesión. 6. El otorgamiento de la concesión comportará la extinción simultánea del derecho sobre aguas privadas reconocido hasta ese momento»; y, «Disposición transitoria cuarta. Registro de los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 1879. 1. Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 13 de junio de 1879 se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las disposiciones transitorias segunda y tercera. 2. Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determinen reglamentariamente. El Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas de la cuenca. 3. Los titulares de aprovechamiento de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el artículo 117 de la presente Ley».-Respecto a las aguas privadas temporales, sin olvidar que solo se está ante una situación transitoria, en la que en mérito a los derechos adquiridos se mantiene temporalmente el carácter de privadas de aguas que, con arreglo a la nueva legislación son públicas, habrá que determinar que esta circunstancia excepcional tiene que ser acreditada ante el Registro de la Propiedad, pues en otro caso la aplicación de las restantes normas legales obligarían a denegar esa inscripción como de aguas privadas. El requisito inicial, no previsto así por la legislación hipotecaria, está recogido en las disposiciones transitorias antes reseñadas, conforme a las cuales, los titulares de algún derecho sobre aguas procedentes de manantiales, de pozos o de galerías, cuyo aprovechamiento tuviese el carácter de privado según la anterior legislación, y público según la vigente, podrá acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el organismo de cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Siendo así este certificado de haberse producido esa peculiar registración en el Registro de Aguas el requisito básico para cualquier inscripción primera de esta especial situación dominical de ellas, y sin el cual no podrá realizarse ninguna actuación por el Registrador, ni aún cuando estas aguas estuviesen inscritas en el Registro de la Propiedad, pues es a partir de la entrada en vigor de la anterior Ley de Aguas de 1985 cuando ellas cambian su situación registral de aguas privadas permanentes por la de aguas privadas temporales. Así lo ha entendido la doctrina más autorizada que ha estudiado el tema, recogiendo los argumentos de B. C. S. C. (RCDI número 572, año 1986, páginas 9 y siguientes) que igualmente afirma que si una persona o un predio, este a través de su titular, tienen derecho a aprovechar algo de otro ajeno que no agote la totalidad de sus posibilidades, dado que en ese caso estaríamos ante un usufructo, un uso o un derecho de habitación con eficacia «erga omnes», se tratará de una servidumbre o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (artículo 530 del Código Civil), sin que pueda dársele ninguna otra denominación a esta figura jurídica, sino la genérica de servidumbre de aguas o la específica expresiva de en qué consiste ella. Así lo ha comprendido la jurisprudencia en reiterados fallos, al decir que son inscribibles los contratos en los que se adquiere, imponga o transmita el derecho a disfrutar, en cualquier concepto, de aguas de predios ajenos. En todos estos casos deben de inscribirse las aguas, junto con la finca en que radiquen, bajo un mismo número, y además como carga de ella, aquellos derechos que afecten a esas aguas (Resolución de 27 de enero de 1864), por tratarse de verdaderos derechos reales en cosa ajena; pues si bien el derecho a aprovechar las aguas de fundo propio es inherente al de dominio, si de lo que se trata es de aprovechar las de fondos ajenos en beneficio de otro predio, ese derecho constituye una verdadera servidumbre real (Resolución de 27 de noviembre de 1882), pudiendo incluso pertenecer la totalidad de las aguas de un fundo a persona distinta de su propietario (Sentencia de 6 de diciembre de 1972). Respecto a sus requisitos registrales, y aparte del básico o inicial del certificado

del Registro de Aguas, el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, antes citado, si bien denominándolo derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, lo regula en su aspecto registral como una servidumbre, y así dice en su párrafo tercero que «El derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que las contenga». Esta corriente doctrinal, por lo demás, es la que acoge la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 23 de abril de 2005, según la cual «... Es cierto que la Ley de Aguas de 1985 respetó la propiedad privada de las aguas existente hasta su entrada en vigor –siempre con ciertos condicionamientos y requisitos–, pero también lo es, como dice la doctrina más autorizada, que la ley vigente en su disposición adicional tercera establece respecto de las aguas de dominio privado, una alternativa: bien acogerse a la declaración en el Registro de Aguas, bien incluirse simplemente en el catálogo de aguas privadas, que es la opción a la que se han acogido los anteriores titulares de la finca; pero en este caso, para la inscripción del derecho sobre las aguas en el Registro de la Propiedad es necesaria la previa inclusión en el catálogo de aguas privadas, que el mismo recurrente afirma estar pendiente. En consecuencia, la inscripción en el Registro necesita este requisito previo, aún no cumplido». En definitiva, este requisito de previa inscripción o inclusión, de exigencia lógica en aras a evitar el acceso al Registro de la Propiedad de derechos de dudosa existencia tratándose de un recurso limitado como es el agua, cuya apreciación ha de corresponder inexcusablemente al organismo de cuenca, no se ve excusado por lo que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 2 de abril de 2001, que, al compartir las consideraciones de la sentencia recurrida, afirma que «1.ª) la declaración obligatoria de tales aprovechamientos solo pretende una función fiscalizadora, y por tanto no afecta a la naturaleza dominical de las aguas por carecer de carácter constitutivo alguno, ya que el Catálogo, a diferencia del Registro de la Propiedad, no es un Registro con efectos civiles sino simplemente administrativos sin efectos sustantivos sobre las titularidades privadas; 2.ª) lo que se pretende es simplemente acceder al Catálogo de aguas privadas, y ello no afecta en nada a la configuración civil de la titularidad precarial que ostenta la parte recurrente (por cuanto que esta permanece intacta, acceda o no al Catálogo)...». La armonización de ambos pronunciamientos puede encontrarse en el hecho de que, una cosa es que la declaración de derechos ante el correspondiente registro o catálogo administrativo no afecte a la titularidad del recurso, y otra bien distinta es que dicha declaración sea presupuesto previo y necesario para la inscripción de tales derechos de agua en el Registro de la Propiedad, que publican, ahora sí, con efectos sustantivos y frente a terceros, la titularidad sobre dichos derechos.–Por su parte, J. M. Q. (RCDI número 583, de 1987, páginas 1.703 y siguientes) manifiesta que hay reiterada jurisprudencia favorable a la constitución del derecho real de servidumbre de aguas, pero tal derecho, cuando menos en su constitución «ex novo», debe ponerse en cuarentena al haberse no solo reducido el marco de las aguas privadas, sino al establecerse en la nueva Ley (refiriéndose a la de 1985) –y ello es fundamental– esta importantísima limitación que implica la necesidad de considerar a tales aguas como parte integrante de la finca en que se hallen y no puedan utilizarse en finca distinta de aquellas en que nazcan, discurran o estén estancadas (véase, en el régimen legal vigente, lo dispuesto en los artículos 10 y 54 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y sus concordantes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). El titular de tales aguas puede, por tanto, utilizarlas en su fundo, pero no parece que pueda constituir sobre ellas un derecho real que beneficie a otro fundo distinto. Por ello, sostiene el indicado autor, no tiene sentido mantener el apartado tercero del artículo 66, sin perjuicio de lo atiente a las aguas privadas temporales, lo que precisamente lleva a J. M. G. G. (Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil, Tomo I, séptima edición, 2011, página 620, nota 82) a entender que no parece que pueda constituirse servidumbre a favor de una finca distinta de donde nacen las aguas, pues en los escasos supuestos de aguas privadas, estas han

de ser parte integrante del predio. Cabría esta servidumbre respecto a las aguas privadas de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a del Texto Refundido de la Ley de Aguas, lo que exige, como hemos dicho con anterioridad, la acreditación de los requisitos que en dichas normas se establecen.—Es más, no debemos olvidar, dada su trascendencia para el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 61.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, según el cual «Cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las concesiones otorgadas a las comunidades de usuarios y de lo que se establece en el artículo siguiente. La concesión para riego podrá prever la aplicación del agua a distintas superficies alternativa o sucesivamente o prever un perímetro máximo de superficie dentro del cual el concesionario podrá regar unas superficies u otras»; en el artículo 64, el cual señala que «Toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante»; y, en los apartados terceros de las disposiciones transitorias segunda y tercera del mismo texto legal, de idéntica redacción, que es la siguiente: «En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley». Esta última previsión nos conduce a volver a reproducir el apartado primero de la disposición transitoria tercera bis de la vigente Ley de Aguas, que dispone que «A los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío...» (en el mismo sentido, véanse los artículos 188.4 y 343 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). En la medida en que se está constituyendo servidumbre para riego de finca distinta de aquella en la que nace el agua se puede estar variando la superficie sobre la que se aplica el recurso, lo que determina la entrada en juego de las normas citadas en último lugar.—Finalmente, la posible alegación del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código Civil, en sede de contratos) y su reflejo en el principio de «*numerus apertus*» que, en ocasiones, se ha admitido en materia de derechos reales, choca con la propia afirmación del artículo 1.255 del Código Civil de que «siempre que no sean contrarios a las leyes», así como con lo dispuesto en el artículo 594 del mismo cuerpo legal, según el cual «Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público», habiendo sido detenidamente citadas y reproducidas las normas legales y reglamentarias aplicables en esta materia, que resultan de inexcusable observancia.—Segundo.—En relación con el hecho cuarto, la asignación a la servidumbre constituida en la escritura que motiva la presente del carácter perpetuo no encaja con la nueva situación legal de las aguas surgida de la Ley de 1985 y que ha continuado hasta la actualidad tras la nueva norma y sus modificaciones, dado que, por un lado, las concesiones administrativas que amparan el uso privativo de las aguas están sujetas a plazo (artículos 59 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Aguas), y, por otro, los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la disposición transitoria tercera 1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales (disposición transitoria tercera del Texto Refundido de la Ley de Aguas), debiendo recordar que la modificación del régimen de aprovechamiento requiere de la oportuna concesión administrativa, lo que nos llevaría al primer supuesto (apartado tercero de la disposición transitoria tercera antes mencionada). La cita de Domicio Ulpiano, según la cual «*nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse habere*» (nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él mismo tenga), es ya por sí suficientemente explícita si la entendemos en el sentido de que el constituyente de la servidumbre o titular del predio

serviente no puede conceder al de los predios dominantes un derecho de aprovechamiento ilimitado en el tiempo cuando el que tiene a su favor es de naturaleza temporal. El propio B. C. S. C. (RCDI número 572, año 1986, página 17), poco después de la aprobación de la Ley de Aguas de 1985, y al tratar de los requisitos para su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya señaló, en relación con las aguas privadas que hoy se califican de temporales que «en el asiento que ahora originen tendrá necesariamente que recogerse esta temporalidad...», con cita de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la anterior Ley de Aguas. Tercero.—En relación con el hecho quinto, es de destacar que uno de los principios fundamentales en el marco de nuestro sistema registral es el de especialidad o determinación, que exige como requisito para que los títulos puedan acceder al Registro y ser por tanto objeto de inscripción, la fijación y extensión del derecho inscribible, quedando de tal modo delimitados todos sus contornos que cualquiera que adquiera confiando en los pronunciamientos tabulares conozca la extensión, alcance y contenido del derecho inscrito. Este principio aparece consagrado en diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico (artículos 9 y 112 de la Ley Hipotecaria; 51 del Reglamento al precisar todas las circunstancias que debe contener la inscripción; etc.), siendo así doctrina reiterada del Centro Directivo que el principio de especialidad impone una delimitación precisa de los derechos que pretenden su acceso al Registro, así en sus elementos subjetivos y objetivos como en cuanto a su alcance y contenido (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2007). Como igualmente ha señalado el Centro Directivo en su Resolución de 14 de junio de 2010, «en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos (“expresión circunstanciada”, dice el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de aquellos es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan, entre ellos la presunción de existencia y pertenencia de los derechos reales inscritos “en la forma determinada por el asiento respectivo” (artículo 38 de la Ley Hipotecaria)».—Específicamente en materia de servidumbres, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 2014 ha reiterado que «la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente», lo que impide considerar correctamente delimitada la servidumbre de agua cuya inscripción se pretende cuando queda indeterminado en qué consiste cada «riego» a través de magnitud cuantificable, lo que no resulta de la descripción del predio sirviente, ni puede considerarse integrado con la remisión que se hace en el título calificado, en defecto de lo en él establecido, a «las mismas normas que por uso o costumbre se vengán aplicando a otras fincas que se rieguen con agua del predio sirviente y en su defecto por las costumbres de la localidad de Cieza, estableciéndose conforme a lo previsto en el artículo 537 del Código Civil», al dejar fuera del Registro un elemento esencial de este tipo de servidumbre. Manifestaciones de este principio de especialidad, en relación con la inscripción de las aguas, encontramos en su propia regulación reglamentaria, al hablar de «tandas, turnos u horas en que se divida la comunidad» (artículo 64 del Reglamento Hipotecario), «cuantas circunstancias contribuyan a individualizar las aguas en cada caso», «número de participaciones o fracciones en que se divida el caudal», «cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma» (artículo 66 del mismo Reglamento), etc.—En definitiva, no entra en juego, desde el punto de vista registral, la previsión contenida en el artículo 598 del Código Civil, que establece que «El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se regirá la servidumbre por las disposiciones del presente título que le sean aplicables», dado que, por lo dicho, el asiento registral debe reflejar las condiciones, límites y características configuradoras del derecho inscrito. Cuarto.—En relación con el hecho sexto, cabe reiterar

aquí los argumentos expuestos en el fundamento anterior, a la vista de la imprecisión con que está redactada la cláusula transcrita en el hecho de referencia, que parece comprender una servidumbre de acueducto, sin que consten sus características configuradoras (longitud, anchura y ubicación del paso de agua) ni a favor de qué fincas se establece (predios dominantes), circunstancias todas ellas de necesaria determinación en aras al acceso tabular de tal previsión. En este sentido, véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 1998, la cual, refiriéndose, además, a una servidumbre de utilización de acometidas de agua y alcantarillado, exige expresar su extensión, límites y demás características configuradoras como presupuesto básico para la fijación del predio dominante y las limitaciones del sirviente, no pudiendo inscribirse cuando existen indeterminaciones sobre datos esenciales, como ocurre en el presente supuesto, al no señalarse la anchura del paso, la longitud de las conducciones y el lugar por donde uno y otras discurren.—A ello se añade el hecho de que, no apareciendo fijados los predios dominantes, es más, quedando los mismos totalmente indeterminados (fincas de que son propietarios los dueños del predio sirviente o sus herederos o adquieran en lo sucesivo e incluso los terrenos que se rieguen con aguas que se alumbren en sus fincas), no concurre tampoco el consentimiento de los titulares registrales de los mismos (artículos 1.254, 1.256, 1.258, 1.261 y 1.262 del Código Civil, y 20 de la Ley Hipotecaria, según la máxima de que nadie puede adquirir derechos sin o contra su voluntad).—En todo caso, se advierte de la posibilidad de inscripción parcial, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, mediando para ello solicitud expresa por parte de los interesados. Quinto.—En relación con los hechos séptimo y octavo, tras la reforma introducida por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, el artículo 21.2 de la Ley Hipotecaria establece que «Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862». Por su parte, el párrafo cuarto de dicho artículo 24 de la Ley del Notariado, también afectado por la Ley de 2006, dispone que «Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862». Por último, el párrafo quinto del artículo 177 del Reglamento Notarial señala que «A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». En base a este régimen normativo se deben reseñar, en la forma expuesta, todas las circunstancias que, necesariamente, han de ser objeto de calificación sobre los medios de pago empleados, que quedan absolutamente indeterminados, pues, por un lado, la certificación incorporada en primer lugar habla de «abonado o transferido en la cuenta de esta Comunidad», y, por otro, la incorporada en segundo lugar, indica que las cantidades se han recibido e ingresado en la Caja social «bien por ingreso o transferencia o bien mediante pago en metálico en las oficinas de esta Comunidad».—En nada afecta el hecho de que el pago haya tenido lugar, según se indica, en el año 2005, dado que, en lo que se refiere a la observancia de la normativa sobre medios de pago, ha de estarse a la fecha de otorgamiento de la escritura calificada, la

cual, indiscutiblemente, queda sujeta al cumplimiento de tales requisitos. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, en su Resolución de 2 de junio de 2010, al concluir que «... resulta aplicable a este acto la normativa vigente en el momento de su fecha respecto de la identificación de los medios de pago empleados, según resulta no solo de la letra sino también del espíritu de las disposiciones de los artículos 24 de Ley del Notariado, 21.2 de la Ley Hipotecaria y 177 del Reglamento Notarial. A tal efecto, cabe recordar que, según el apartado Quinto de la Instrucción de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2006, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, y en conexión con su deber de «velar por la regularidad no solo formal sino material» de los actos o negocios jurídicos que autorice –artículo 24 de la Ley del Notariado–, el Notario deberá consignar los medios de pago en todas aquellas escrituras que se autorice a partir de la entrada en vigor de dicha norma, circunstancia esta que concurre en el presente caso. Opone a ello el recurrente que las disposiciones transitorias de la Ley 36/2006 nada dicen de las obligaciones de declarar sobre los medios de pago empleados respecto de las transmisiones que se hubieran realizado y perfeccionado con anterioridad a su entrada en vigor, siendo así que la compraventa objeto del documento calificado fue perfeccionada en la fecha del contrato firmado suscrito el 19 de febrero de 2003. Se plantea, pues, la necesidad de examinar el ámbito de aplicación temporal de las citadas normas con relación al presente caso. La escritura calificada de elevación a público del citado documento privado fue autorizada el 27 de febrero de 2007, cuando el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que dio nueva redacción al artículo 177 del Reglamento Notarial en los términos antes examinados estaba ya en vigor. En efecto, el Real Decreto citado se publicó en el BOE de 29 de enero de 2007, entrando en vigor el día siguiente, conforme a su Disposición final segunda. Por otra parte, las Disposiciones transitorias que contiene se refieren a materias ajenas a la aquí considerada. Finalmente, como ya dijo este Centro Directivo en su Resolución de 5 de septiembre de 2009, el objeto del artículo 177 del Reglamento Notarial no es el de regular la forma de los pagos, sino la forma de su constancia en los instrumentos públicos que documenten actos o contratos que tengan por objeto una mutación jurídico-real con contraprestación en dinero y, por lo tanto, las sucesivas redacciones dadas al mismo por los Reales Decretos 45/2007 y 1.804/2008, o el más reciente Real Decreto 1/2010, de 8 de enero, serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos períodos de vigencia, aunque los pagos a que se refieran hubieran tenido lugar en un momento anterior». Sexto.–En relación con el hecho noveno, se solicita aclaración en cuanto a la identidad del señor T. B., al no coincidir el D.N.I./N.I.F. de dicho señor con el que consta en el Registro por lo que se refiere a la finca registral 31.886 de Cieza; ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.–En todo caso, se advierte que la presente nota se emite sin perjuicio de la calificación que ha de efectuarse a la vista de la documentación subsanatoria que se aporte, particularmente si la situación jurídica y administrativa de las aguas es distinta de la que figura en este Registro y, por tanto, se sujeta a un régimen legal diferente.–Examinados los anteriores hechos y fundamentos de Derecho, resuelvo suspender la práctica de las operaciones registrales solicitadas. No se practica anotación preventiva por no haberse solicitado. La presente calificación negativa lleva consigo la prórroga de vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra esta nota de calificación negativa (...) El Registrador (firma ilegible). Fdo.–Jesús Díaz Martínez En Cieza, a doce de julio de dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Antonio Navarro Cremades, notario de Abarán, interpuso recurso el día 8 de agosto de 2016 mediante escrito en el que alega que: «(...) A) La primera inscripción de las aguas de pozo subterráneo existente en la registral 8416 de Cieza fue practicada, es cierto, como cualidad determinante de la finca en que se hallaban al amparo de la entonces legislación vigente derivada de la Ley de Aguas de 1879 y artículos 408.3, y 417 y 418 del Código Civil en su redacción entonces

vigente que recogían como dice el catedrático de derecho civil de la Universidad de Zaragoza don J. L. M. junto al régimen administrativo aplicable a las aguas superficiales el coexistente régimen privatístico derivado de aquella ley de Aguas de 1879 aplicable a las aguas subterráneas que quedaban en el interior de las fincas privadas, (pozos ordinarios o artesianos y también dentro de esas fincas privadas manantiales naturales o pequeños arroyos, pequeñas lagunas y aguas pluviales que formaban corrientes en ramblas o torrenteras), atribuyendo la propiedad de las aguas alumbradas mediante tales pozos ordinarios al dueño del terreno en que se hacia la perforación por aplicación del principio jurídico de la accesión mientras que la propiedad de las aguas alumbradas mediante pozos artesianos o galerías recaía en el alumbrador, inspirándose en el principio jurídico de la ocupación, siendo las limitaciones de este derecho de propiedad mínimas pues con ellas solo se trataba de evitar el perjuicio de tercero (distancias mínimas entre pozos), de detraer aguas públicas o garantizar la seguridad de edificios, carreteras y ferrocarriles. Tal panorama legislativo por la promulgación de la Constitución el 27 de diciembre de 1978 y en concreto pese a lo preceptuado en el artículo 132 de la misma no cambió tanto como para suponer una absoluta demanialización de las aguas. Por ello la sentencia antes citada 277/1988 de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional pese a recoger lo antes resumido en esta contestación de la calificación registral transcrita del fundamento derecho catorce de la misma, también dice en relación con una de las cuestiones planteadas en dicha controversia sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Aguas de 1985 lo siguiente: Del fundamento de derecho sexto de la misma: ... Los artículo 1.2 y 2 declaran de dominio público... los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. No obstante, esta declaración general de demanialidad, la Ley no ha desconocido los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma. Por el contrario las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a permiten a sus titulares elegir entre la conversión de aquellos derechos en otros que la ley denomina «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que serán respetados por un plazo máximo de 50 años –a lo que se añade un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa en favor de quienes al término de dicho plazo se encontrarán utilizando los caudales en virtud de título legítimo– o el mantenimiento de la titularidad anterior de los derechos anteriores en la misma forma que hasta ahora. En este último supuesto no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. Por lo demás, en cualquiera de las dos opciones el incremento de los caudales totales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirá la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación... todas estas determinaciones legales afectan al régimen jurídico de las que el Código civil (artículo 408) denomina aguas de dominio privado, en concreto... a las aguas subterráneas que se hallen en predios de naturaleza privada (artículo 408.3). Del fundamento de derecho séptimo de la misma: ... La propia Ley 29/1985 permite... que los titulares de derecho sobre aguas privadas mantengan su titularidad «en la misma forme que hasta ahora»; Del fundamento de derecho octavo de la misma: ... No es igual, por referencia a 1a protección administrativa del Registro de Aguas, la situación en que se encuentran aquellos propietarios... de quienes hayan optado, previa acreditación de sus derechos, por transformarlos en los derechos que la Ley denomina de aprovechamiento temporal de aguas privadas. En efecto, la inscripción en el Registro de Aguas es de acuerdo con lo dispuesto en la propia Ley impugnada (artículo 72) un instrumento de prueba de las concesiones administrativas sobre el dominio público hidráulico que legitima a sus titulares para interesar la intervención administrativa en defensa de sus derechos, en la medida en que tales derechos son de naturaleza pública y otorgados por la Administración. Pero al margen de esta singular protección administrativa los titulares de cualquier derecho sobre los bienes a los que la Ley se refiere –e incluso sobre otros a los pueda afectar– pueden sin duda recabar su tutela de los Jueces y Tribunales, ya que las concesiones se entienden hechas sin perjuicio de terceros (artículo 59.1 de Ley). Pues bien, las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a equiparan a las concesiones los derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas... muy distinta es a tales efectos la situación de quienes

optaron por mantener la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, pues, al recaer tales derechos sobre aguas que ni son de titularidad pública ni están llamadas a serlo por ministerio de la ley al final de un periodo de transición... por otra parte, a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos frente a la Administración... lo que no impide como queda dicho que todo titular de derechos e intereses legítimos pueda impetrar la tutela judicial de los mismos reconocida por igual en la propia Constitución (artículo 24.1), así como acceder, en su caso, a la protección reforzada que dispensan los instrumentos registrales. Del fundamento de derecho doce la misma: ... La Ley 29/1985 no produce efecto expropiatorio alguno sobre los caudales de las aguas continentales ya apropiadas por particulares en el momento de su entrada en vigor, pues de lo contrario debería haber previsto la correspondiente indemnización al ser tales aguas de la propiedad de los dueños de los predios donde se hallan los manantiales de los que brotan, en el caso de las superficiales, o de quienes las hayan alumbrado, en el caso de las subterráneas... Las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley 29/1985 permiten a los interesados mantener la titularidad de sus derechos en la misma forma que hasta ahora, lo que a la luz del apartado tercero de ambas disposiciones significa que se respetan íntegramente con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. Cosa distinta es que de acuerdo con el número cuarto de dichas Disposiciones Transitorias tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los casos de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico. La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, congelándolos en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos, requerirá la oportuna concesión. Pero esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues... en definitiva lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie su título concesional... Del fallo de la misma sentencia: Primero a) Declarar que son inconstitucionales los artículos 16.1.a, 16.2 así como el 88.1 y 51.4... de la Ley de Aguas. e) «Desestimar los recursos de inconstitucionalidad en todo lo demás» no estando entre las disposiciones declaradas inconstitucionales ninguna de las transitorias de la Ley de Aguas de 1985. De los fundamentos dichos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 de 29 de noviembre resulta: - El no desconocimiento de la Ley de Aguas de 1985 de los derechos de naturaleza privada preexistentes a la misma. - La posibilidad conforme a la Disposición Transitoria 3.^a de la misma de los titulares de derechos de aprovechamientos privados sobre aguas privadas por mantener su titularidad anterior en la misma forma que hasta ahora, sin que puedan en este caso gozar de la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas. - La necesidad de concesión para incrementar caudales totales utilizados o modificar el régimen de su aprovechamiento. - El reconocimiento de pedir la tutela de Jueces y Tribunales para proteger sus derechos reconocidos por la actual ley así como acceder a la protección reforzada que dispensan los instrumentos registrales. - El no efecto expropiatorio sobre los caudales ya apropiados por particulares por ser tales aguas subterráneas propiedad de quien en su día las alumbrara. - El respeto por tales titulares de las normas sobre explotación de acuíferos, usos de agua en casos de sequía grave o de urgente necesidad y en general las relativas a las limitaciones de uso del dominio público hidráulico. B) Y ese reconocimiento de los derechos preexistentes en la misma forma que hasta ahora a los titulares de acuíferos de aguas privadas derivado del reconocimiento de la propiedad privada de los mismos por la citada sentencia, tiene su fundamento en la prohibición por el legislador de modificar el contenido esencial del derecho de propiedad y en la protección general de la propiedad privada que impone nuestra constitución en sus artículos 53.1 y 33; doctrina que sigue siendo de aplicación y no está derogada por lo dispuesto en el Real Decreto 849/1986, de

11 de abril, por el que se aprueba el reglamento del dominio público hidráulico por estar dictado este en desarrollo de aquella Ley de Aguas de 1985 y tener que dejar a salvo conforme a la doctrina de tal sentencia 227/1988 de 29 de noviembre los derechos reconocidos por la legislación anterior de 1879 a cuyos titulares no se les podrá exigir acreditar sus derechos ante la administración pero cuyo incumplimiento de tal obligación no afectará a la existencia de los mismos ni podrá llevar a desconocerlos por completo y a considerarlos por ello inexistentes. C) La misma protección y reconocimiento de los derechos preexistentes en la misma forma que hasta ahora a los titulares de los acuíferos de aguas privadas derivados de la aludida sentencia constitucional en predicable después de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por el Real Decreto 1/2001 de 20 de julio que ya con buen sentido sienta el principio de que el Código civil es aplicable en lo no previsto en la Legislación de Aguas, no solo en lo contradictorio con la misma, al decir su Disposición Transitoria 3.ª dos que los mismos mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas, requiriendo concesión que ampare el incremento de los caudales totales utilizados así como la modificación del régimen de aprovechamiento y les serán aplicables las normas antes dichas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y en general las relativas a las limitaciones del dominio del uso público hidráulico. D) Por tanto, de la clasificación dada por el Registrador de dos grupos de aguas privadas habría que extraer de aquel segundo grupo formando un grupo distinto con el de los titulares de aprovechamiento de aguas privadas que optaron por el mantenimiento de sus derechos anteriores en la misma forma que hasta ahora a que se refieren las Disposiciones Transitorias 3.ª dos de la derogada Ley de Aguas de 1985 y del vigente Texto Refundido de Aguas de 2001, quienes por falta de información de las nuevas disposiciones legales o por recelo y desconfianza hacia la reforma que las mismas suponían no hicieron nada y se quedaron como estaban manteniendo su propiedad privada «congelada». Estos propietarios a partir del 01 de enero de 1989 por expiración del plazo concedido por las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985 por no haber declarado y convertido su derecho fueron obligados a mantener su propiedad privada congelada (lo cual parece un sinsentido contrario a la regulación actual del Código civil y es que como decía la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866 los derechos subjetivos con el derecho de propiedad a la cabeza los reconoce el Derecho para la vida social que es movediza y cambiante), estimando los profesores M. así como D. S. que en la práctica no se ha producido el efecto deseado por la Ley, pues más del 80% de los propietarios de pozos no los han inscrito en el Registro de Aguas. De este modo aunque la Ley de Aguas de 1985 parte de la base de que todas las aguas subterráneas son públicas, de hecho y de derecho la gran mayoría de aguas subterráneas captadas siguen siendo privadas. A esta situación creada por las Disposiciones Transitorias de dicha Ley hay que añadir lo que se ha hecho después de 1986 y ya en vigor la Ley de Aguas de 1985 y que algunos autores definen como insumisión hidrológica, es decir, el hecho de perforar nuevos pozos de forma ilegal, sin previa autorización de investigación y sin solicitar la preceptiva autorización administrativa sobre las aguas alumbradas. E) Consecuencia de las argumentaciones expuestas es el rechazo de plano de la exigencia en la calificación de un nuevo requisito no establecido en la Legislación Hipotecaria, el de la certificación de la previa inscripción en el Registro de Aguas, no solo para la primera inscripción de las aguas sino para cualquier otra actuación por el Registrador «ni aun cuando estas aguas estuvieran inscritas en el Registro de la Propiedad», pues esas afirmaciones resumidamente suponen un desconocimiento de la doctrina fijada por la sentencia tantas veces aludida del Tribunal Constitucional de 29 de diciembre de 1988 en los fundamentos de derechos de la misma antes transcritos que ahora se obvian en razón de brevedad pues no ha cambiado la situación jurídica de dichas aguas de privadas permanentes a temporales por ministerio de la Ley por la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 para quienes tienen reconocidos sus derechos en la misma forma que hasta ahora y así lo venían disfrutando, cuyos titulares además podrán impetrar la tutela

de Jueces y Tribunales para proteger sus derechos reconocidos por dicha ley así como acceder a la protección reforzada que dispensan los instrumentos registrales. Decir en la calificación que el Registrador no podrá realizar ninguna actuación sin ese certificado previo de inscripción en el Registro de Aguas ni aun cuando estuviesen inscritas en el Registro creemos que es una afirmación no conforme a derecho pues de los preceptos que regulan no solo en el Código civil sino también en la legislación Hipotecaria la materia de aguas resulta la protección de los asientos practicados por los Tribunales y el propio Registrador de la Propiedad de Cieza Uno recurrido sin ese requisito de la certificación del Registro de Aguas ha inscrito con anterioridad a esta fecha (en concreto el 29 de febrero de 2016) una donación otorgada ante mi fe el día 05 de febrero del año 2016, número 119 de orden, de la registral 11151 gravando la misma registral sirviente 8416 y con el mismo contenido y regulación que la que motivan este recurso la servidumbre de aguas, y ello pese a que en la citada donación de la finca rústica no se hacía constar al describirla la existencia de tal servidumbre de aguas por derivar esta de título distinto al de la registral 11.151 y no aportado al realizar la citada donación inscribiendo la servidumbre de aguas sobre 1.118 m² de la misma de su total cabida de 2.795 m², y sobre esa misma finca 30.012 y 31.886 al constituir a su favor nueva servidumbre de aguas sobre el resto de su superficie de 1.677 m² por escritura ante mi fe de 11 de abril del año 2016, número 367 de orden, calificada y recurrida por la presente, ahora suspende la inscripción de lo mismo que el día 29 de febrero del año 2016 inscribió. Igualmente dicho Registrador también ha inscrito con fecha 04 de marzo de 2016, otra donación otorgada ante mi fe el 15 de febrero de 2016 número 149 de orden, de la registral 11150 gravando la misma registral sirviente 8416 y con el mismo contenido y regulación en cuanto a la servidumbre que la que motivan este recurso con igualdad de circunstancia de que también en esa donación de finca rústica no se hacía constar al describirla la existencia de servidumbre de agua por derivar de otro título distinto no aportado a la donación, inscribiendo igualmente la servidumbre sobre 1.118 m² de la misma de su total cabida de 2.795,50 m², y sobre esa misma finca 11150 al constituir a su favor nueva servidumbre de agua sobre 1.794 m² de la misma por escritura ante mi fe de 13 de abril de 2016, número 378 de orden, calificada y recurrida por la presente, ahora suspende la inscripción de lo mismo que en la fecha antes dicha inscribió, e incluso en más de diez ocasiones ha practicado inscripciones de dominantes que ya tenían esa servidumbre constituida a su favor; al igual que otros registradores anteriores en esa demarcación después de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 han practicado inscripciones de fincas dominantes en títulos como donaciones, compraventas, permutas, herencias, anotaciones de embargos etc., que tenían constituidas a su favor servidumbre de aguas sobre la misma finca registral sirviente en más de setenta ocasiones y se han inscrito sobre la citada finca sirviente servidumbres de agua para riego de igual contenido que las calificadas por las inscripciones 46.^a a 56.^a inclusive y 58.^a de la sirviente con posterioridad al 01 de enero de 1986. Lo contrario supondría ir contra propias actuaciones anteriores así como no respetar el principio constitucional de igualdad ante la Ley sin prestar además la protección reforzada que dispensan los instrumentos registrales reconocida por el fundamento de derecho octavo de la sentencia 227/88 del Tribunal Constitucional y en definitiva, poner un palo en las ruedas de la actividad económica y transmisibilidad de la propiedad privada en nuestro país. En ese mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 25 de abril de 2002 sienta la doctrina de que la no inscripción en el Registro de Aguas o en el catálogo de aguas privadas no impide que todo titular de derechos o intereses pueda impetrar el auxilio judicial de los Jueces recogido por igual en la propia Constitución (artículo 24) así como acceder en su caso a la protección reforzada que dispensan los instrumentos registrales, admitiendo que en el otorgamiento de las concesiones se han de respetar los derechos privados aunque no estén inscritos en aplicación de la cláusula sin perjuicio de terceros, recogiendo además la posibilidad de los particulares para acudir a la jurisdicción civil ejercitando la acción declarativa o reivindicatoria para la definición de la naturaleza de las aguas y de la atribución de su titularidad al igual que para la resolución de los conflictos entre particulares sobre derechos administrativos cuando traen causa de títulos civiles.

Recuérdese también en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1981 de la que fue ponente el profesor Díaz Picazo que fija la doctrina de que el artículo 53.1 de la Constitución Española «prohíbe como ya ordenaba en vano el Tribunal Supremo a las Leyes establecer respecto de un derecho subjetivo limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección». F) En cuanto a la cita por la calificación recurrida de la opinión doctrinal de C. S. C. en razón de brevedad damos aquí por reproducida nuestra modesta opinión antes expuesta en este recurso así como los comentarios reflejados sobre la distinta naturaleza y efectos del catálogo de aguas, Registro de Aguas y Registro de la Propiedad, en relación al requisito de la previa inscripción en el Registro de Aguas del aprovechamiento y su acreditación mediante la oportuna certificación al efecto y la relación de todo ello con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de abril de 2001. G) En cuanto a la doctrina emanada de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 de la necesidad de acreditación de la previa inscripción del manantial en el Registro especial de aguas privadas o estar catalogada como tal nos parece modestamente oponible a la misma lo siguiente: Uno.—Si la Ley reconoce la propiedad privada de determinadas aguas -se inscriban o no en el Registro de Aguas-, nada impide que estas tengan la consideración de inmuebles conforme al artículo 348.8 del Código civil y puedan acceder por ello al Registro de la Propiedad y así lo reconoce el artículo 1 de la Ley Hipotecaria pues al declarar que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio de los bienes inmuebles y demás derechos reales sobre inmuebles; el artículo 2 que prevé que se inscribirán el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles siendo el régimen jurídico del recurso del agua y como una propiedad especial en los términos del artículo 348 del Código Civil de gozarla y disfrutarla sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y especificando el artículo 350 del Código civil que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella permitiendo también el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos de usufructo, uso, hipoteca, servidumbres y otros análogos sin exigir o prescindiendo de si se ha producido o no aquella inscripción de tipo administrativo. Dos.—El fundamento de derecho ocho de la sentencia citada del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988: Quienes optaron por mantener sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora... a estos titulares no se les exige acreditar su derecho frente a la Administración. Tres.—Al comentar la citada resolución de 23 de abril de 2005 el profesor M. muestra su disconformidad diciendo que el criterio razonable es el de la sentencia Civil del Tribunal Supremo de 07 de diciembre de 1961 que consideró válida la inscripción en el Registro de la Propiedad de un aprovechamiento de aguas públicas sin la correspondiente previa inscripción en el Registro Administrativo entonces vigente. En la misma línea véase la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 06 de febrero de 1960 y el trabajo de dicho autor: La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua que en el libro homenaje al profesor A. G. de 2006, tomo uno, página 1270 a 1271. Cuatro.—Calificar el agua como un derecho de dudosa existencia en un país semiárido como España y en concreto en la cuenca del Segura plagada de pozos de alumbramientos de aguas subterráneas que han permitido la transformación de secanos en vergeles supone un desconocimiento de la realidad física extra registral que lleva camino de hecho en la actualidad de convertirse en la única real. Cinco.—La comentada Sentencia del Tribunal Supremo de 02 de abril de 2001 entendemos por nuestra parte distingue claramente los fines informativos y fiscalizadores, en definitiva de control administrativo del Catálogo y del Registro de Aguas y la protección sustantiva y frente a terceros del Registro de la Propiedad, sin que sea presupuesto de validez la inscripción en los primeros para la inscripción en el segundo pues de así entenderlo estaríamos exigiendo un requisito que la Ley no exige en el artículo 66 del Reglamento Hipotecario. H) En cuanto a la opinión citada de don J. M. Q. en apoyo de la calificación registral recurrida téngase en cuenta su fecha de 1987 anterior a la doctrina de la sentencia de 1988 que por tanto no pudo conocer, resultando de la misma su reconocimiento a la

existencia de reiterada jurisprudencia favorable a la constitución de la servidumbre de aguas y por otro la situación «ex novo» después de la publicación de la Ley de Aguas de 1985 sin que acierte a razonarla para prohibirla. No obstante si descendemos al caso real de la cuestión planteada analizando la descripción registral de la finca sirviente 8416 de Cieza veremos en su primera inscripción que ya era entonces una finca de riego, pues así lo dice y que se riega con la acequia de la (...) confirmando este dato su linde Oeste: J. S. H., senda del brazal regador por medio y si en esta pequeña finca de 350 metros cuadrados de superficie que ya tiene agua, pues es de riego de acequia, se alumbraron aguas subterráneas mediante un pozo con un caudal de nada menos que de 87 litros por segundo el único sentido que tiene la inversión por su dueño en dicho alumbramiento es que tal dueño del predio en que nacen las aguas las pueda aprovechar sin otra limitación que la de dejar discurrir libremente los sobrantes, es decir, aquellas que no aproveche, pero aprovechar las aguas lo mismo puede consistir en consumirlas dentro de la propia finca que en venderlas, permutarlas, almacenarlas en balsas o trasladarlas a otro lugar mediante un acueducto (artículo 557 del Código civil). Por ello la condición de públicas solo puede predicarse de aquellas aguas que no hayan sido aprovechadas por su dueño en las formas antes dichas desde el momento que pasen a una propiedad distinta o bien a un cauce o camino de dominio público. Es decir, puede dedicarla a fines diferentes sin que esté afectado por la prohibición que afecta a las adscritas a los usos concesionales. Puede, por tanto, destinar el agua a finca distinta de aquella en la que está el pozo, puede variar la superficie regada dentro de su finca, no usarla, no utilizar la bomba de extracción o interrumpir su salida mediante el oportuno mecanismo para limpiar el pozo o porque no necesite en un momento determinado regar con esas aguas; no podrá modificar el régimen de aprovechamiento en sentido negativo pero sí podrá hacer en sentido positivo lo necesario para que las condiciones del aprovechamiento no se modifiquen por el simple paso del tiempo o por otra circunstancia extraña a su propia voluntad, así la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1986 permitió las necesarias obras para el mantenimiento de la misma capacidad de riego hasta entonces existentes de las aguas de un pozo con el único límite del perjuicio de terceros. La jurisprudencia, por su parte, del Tribunal Supremo ha reconocido la propiedad privada de las aguas. Así la Sentencia de la sala 1.ª de 28 de abril de 1994 en las que se reconoce la propiedad privada de unos pozos y su venta mediante un contrato privado de compraventa. También en el mismo sentido y sobre aguas subterráneas las de la sala tercera de 30 de enero y 14 de abril de 1996, la de 18 de marzo de 1999, la de 04 de marzo 1998 y otras muchas más, no negando nunca el carácter de propiedad privada de las aguas privadas. Ese mismo carácter de propiedad privada de las aguas le permite a su titular negociar gravámenes o derechos personales sobre el dominio de las mismas, le permitirá hipotecarlas (artículo 107.5 y 108.1 de la Ley Hipotecaria), podrán ser embargadas o expropiadas (artículo 423 del Código civil), podrá celebrar con los propietarios de las fincas vecinas la constitución de servidumbres de acueducto u otras voluntarias, podrá renunciarlas libremente haciéndose entonces públicas por ministerio de la ley automáticamente y ello sin necesidad como los concesionarios de aguas públicas de recurrir a un expediente administrativo para renunciar a su derecho y sin necesidad de aceptación de la Administración Hidráulica para que la renuncia tenga efectos administrativos; cuando exista copropiedad de aguas privadas serán aplicables los artículos 392 así como el 1.522 del Código civil salvo que se excluya; podrán crear sociedades civiles o mercantiles, sociedades agrarias de transformación o cooperativas o comunidades de bienes conforme al artículo 1.255 sin necesidad de aprobación de la Administración Hidráulica salvo los casos en que los organismos de cuenca puedan imponer motivadamente o por disposición legal las comunidades de usuarios de las calificadas como corporaciones de derecho público. Aparte de ello la propiedad privada del agua tendrá la plena protección del Registro de la Propiedad cuando hayan tenido acceso al mismo mediante la pertinente inmatriculación, así lo reconocen las sentencias del Tribunal Supremo 227/88 de 29 de noviembre; la civil del TS de 06 de diciembre de 1987, la de 04 de marzo de 1987 y las Contencioso Administrativas del mismo de 05 de julio de 1963 y 17 de febrero de 1979, la civil de 31 de enero de 1980, la

de 21 de diciembre de 2000 o la de 27 de junio de 2006 entre otras y además entre otras tendrá las acciones civiles de defensa de su derecho como la reivindicatoria o declarativa de propiedad, las posesorias, etc. En línea con lo dicho la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008 sienta la doctrina siguiente: La servidumbre se constituyó por negocio jurídico establecido por la de dueña de dos fincas al vender una de ellas y así lo tuvo por conveniente, como dispone el artículo 594 del Código civil EDL 1889/1: el predio dominante no absorbe toda la utilidad de «la cosa» (como dice el recurrente) sino una parte del predio sirviente y esta parte, este gravamen, es el uso de toda el agua que emana del pozo, no es el uso de todo el predio sirviente. La servidumbre de aguas está regulada en el Código civil EDL 1889/1 y en la Ley de Aguas, como servidumbre legal y nada impide que se constituya como servidumbre voluntaria, a favor del dueño del predio dominante que será el titular del derecho subjetivamente real y ejercerá las facultades que forman el contenido del derecho de servidumbre; el dueño del predio sirviente deberá soportar el gravamen que le representa la servidumbre. Este es el caso presente, en que el demandante deberá soportar que el agua del pozo sito en su predio sirviente lo utilice exclusivamente la dueña del predio dominante y así, aquel compró la finca conociendo y aceptando el gravamen y esta la adquirió por sucesión hereditaria con el derecho real de servidumbre, como predio dominante, anejo. I) Por último, frente al pronunciamiento de la calificación recurrida de no poder constituirse la servidumbre de aguas al amparo del artículo 1.255 del Código civil por ser contraria a las leyes y del artículo 594 también de Código civil de contravenir tal constitución a las leyes y al orden público, de las citas de los preceptos legales del Código civil, legislación hipotecaria, jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la Dirección General y del Tribunal Constitucional, reseñadas en este recurso, estimamos que establecen precisamente lo contrario; es decir que tal constitución está amparado entre otros por los dichos preceptos del Código civil. El fundamento segundo de la calificación recurrida en relación con el hecho cuarto relativo a la constitución de servidumbre de aguas con carácter privativo señala que ello no es posible pues tanto las concesiones administrativas de aguas privadas están sujetas a plazo como los aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la Disposición Transitoria 3.ª 1 de la Ley de Aguas, los cuales serán respetados durante cincuenta años a partir del 1 de enero de 1986 pero olvida lo antes dicho en este recurso de que conforme el número 2 de dicha Disposición Transitoria 3ª si los interesados no hubieran acreditado sus derechos ante el registro del agua mantendrán la titularidad en la misma forma que ahora pero no podrán gozar de la protección administrativa derivada de tal inscripción aunque conforme al número 3 de esa Disposición Transitoria 3.ª el incremento de los caudales así como la modificación de su aprovechamiento requerirán concesión que ampare la totalidad de la explotación y con sujeción a lo establecido en el número 4 de dicha Transitoria 3ª ya varias veces repetida. En definitiva los particulares que no hubiesen acreditado sus derechos ante el Registro de Aguas como sucede en el presente caso mantendrán su titularidad sobre sus aguas privadas alumbradas en sus fincas particulares con el mismo carácter de duración perpetua que permitía la Ley de Aguas de 1879 conforme a lo cual adquirieron sus derechos y los inscribieron estando tales inscripciones bajo la salvaguardia de los Tribunales, lo mismo que publican otras inscripciones de servidumbres de aguas sobre esta misma finca sirviente con anterioridad al presente recurso si bien mal se entiende esta situación desde el punto de vista práctico por esa diferencia de trato jurídico al mismo supuesto de hecho y todo ello conforme al fundamento jurídico antes dicho de la sentencia de 1988 de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional. En cuanto al hecho quinto el fundamento de derecho tercero de la calificación entiende que no cumple el contenido de la servidumbre pactada los requisitos derivados del principio hipotecario de especialidad pues queda indeterminado en que consiste cada riego a través de magnitud cuantificable ni resulta ello de la remisión del título a lo en él regulado y en su defecto a las mismas normas que por uso o costumbre se vengán aplicando a otras aguas que se rieguen con las del pozo sirviente y en su defecto a las costumbres de Cieza en materia de riego; entendiéndose en definitiva que pese a ser una servidumbre voluntaria de agua no es aplicable a la misma el artículo 598 del Código

civil desde el punto de vista registral que fija que el título determina en primer lugar los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente y en su defecto se aplicarán las disposiciones del título en que está encuadrada la servidumbre que le sea de aplicación. Frente a estos argumentos creemos que el contenido de la servidumbre queda perfectamente delimitado pues el riego consiste conforme el caudal aforado de 87 litros/segundo en proporcionar los riegos convenidos en los meses y formas pactadas a la finca dominante en cantidad suficiente para que esta quede perfectamente regada por los cauces, regueras o tuberías que se necesiten para llevar las aguas a las dominantes, pues estamos ante una servidumbre voluntaria no legal de aguas regida por las normas del Código civil del artículo 598 en su constitución en relación con el artículo 594 que le permite establecerla en el modo y forma que bien le parezca, siendo el dueño del dominante el titular de tal derecho real que ejercerá las facultades que forman el contenido de la servidumbre y el dueño del predio sirviente deberá soportar el gravamen que le representa la servidumbre (recuérdese la sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2008), la cual en defecto de lo regulado en el título se regirá por las mismas normas que regulen otras servidumbres de riego que soporte el sirviente y en su defecto por los usos y costumbres de Cieza en cuanto a riego. Y esos riegos conforme a los títulos de su constitución y a las costumbres dichas se llevarán a cabo por las acequias de tierra u obra abiertas o tuberías impermeables o por los medios que conforme al saber popular agrícola se estimen más adecuados para regar las dominantes y sean menos gravoso para las sirvientes. Téngase en cuenta además la doctrina de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de marzo de 2010 que señala la libertad de establecimiento de la servidumbre voluntaria si no contraviene las Leyes o el orden público dimanando ello de las facultades dominicales del artículo 348 del Código civil, así como la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de mayo de 2012 que recoge la de la Audiencia Provincial de Salamanca de 22 de abril de 2009 que señalan que la autonomía de la voluntad rige la constitución voluntaria de servidumbre, entendiéndose en jurisprudencia reiterada el Tribunal Supremo que en las servidumbres aparente cuando los signos de las mismas sean ostensibles tienen una publicidad equivalente a la del Registro de la Propiedad y no es necesaria su inscripción para la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El que no se aluda en el contenido de la servidumbre calificada a «tandas, turnos u horas» en que se divida el riego aparte de lo dicho es porque esa regulación es de aplicación a los riegos tradicionales de huertas con aguas de río o de aguas eventuales de corrientes discontinuas y las «cuotas» se refieren más a cuando el caudal del pozo se divide para su comercialización en acciones o participaciones de la copropiedad total del pozo; supuesto distinto al de esta servidumbre voluntaria de aguas que se rige por esas mismas tandas en el riego desde las fincas más próximas al pozo o su cabecera hasta llegar a las más alejadas o de cola de riego en sucesión continuada hasta completar una vuelta al perímetro del riego sin que por ese traslado de aguas se pueda concluir que se incrementan los caudales pues se dejan de utilizar en el sirviente para hacerlo en las dominantes. En estas servidumbres el saber de los regantes dueños de los predios dominantes derivado de su experiencia en riegos anteriores determina a través de la costumbre general en materia de riegos con precisión la extensión y límites de ese derecho de forma que no se impida el uso de los demás por lo que sí entendemos que el artículo 548 del Código civil si es aplicable desde el punto de vista registral y que la servidumbre calificada es inscribible pues su regulación es la misma que aparece en otras inscripciones de idénticas servidumbres sobre la misma sirviente que permiten el riego con dichas aguas de más de 260 Hectáreas. De lo contrario ante unos mismos signos externos que revelan la existencia y régimen de tal servidumbre aparente de riegos, estaríamos ante el contrasentido de que regando todos los dominantes del sirviente por tales servidumbres unos propietarios según fecha de constitución de sus derechos o criterios registrales personales los han inscrito y otros, incluso los que ya tiene inscritas algunas servidumbres para otras fincas o partes de las que por estos títulos se constituyen, no inscribirán las nuevas constituidas e incluso esa situación se dará en los casos de transmisiones inter vivos o mortis causa, gravámenes o anotaciones de derechos sobre tales fincas, olvidando que el sistema registral está encaminado a la protección de

los derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuyas consecuencias va dirigida la actividad administrativa, por lo que en el ámbito registral no opera la protección del administrado sino que predomina la protección de los derechos de los terceros que habiendo obtenido una inscripción a su favor o estando interesados en la misma, puedan resultar afectados por el no acceso al Registro del acto denegado. Tampoco creemos que provoque confusión como dice el Registrador y resulte contradictorio el hecho de que se asigne en el mes de marzo un riego a toda la finca y las servidumbres se constituyan solo sobre parte de la finca dominante pues como bien han entendido otros registradores con anterioridad sobre la misma finca sirviente el dueño del predio dominante libremente podrá decidir la redistribución del caudal dentro de su finca teniéndolo que soportar el sirviente en base al principio de autonomía de voluntad que rige la constitución voluntaria de servidumbres conforme a lo establecido en el artículo 536 del Código civil (véase lo establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 15 de marzo de 2012) y la libertad de establecimiento de las servidumbres si no contravienen las leyes y el orden público, ello dimanado de las facultades dominicales expresadas en el artículo 348 del Código civil como también recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de marzo de 2010. En relación al hecho sexto el fundamento de derecho cuarto reitera la calificación del punto anterior por los mismos fundamentos legales de no constar la anchura, longitud y ubicación del paso del agua, equiparando tal servidumbre a la de la acometida de aguas y alcantarillado pese a tener naturaleza y fines distintos dichas servidumbres entendiendo esta parte que la regulación del título deja claro y sin lugar a dudas que los dueños de los dominantes asumen el compromiso de dar para libre a las aguas del sirviente y que ese compromiso para lo que implícitamente prestan el oportuno consentimiento para que se puede ejecutar lo conferido será a través de los cauces, regueras o tuberías que se necesiten hasta poner el agua en el dominante por lo que dada la libertad de pactos de constitución que permite esta clase de servidumbres voluntarias y la naturaleza del objeto sobre el que recae es de imposible cumplimiento e ineficacia total fijar en fincas dominantes que suman más de 260 hectáreas con derechos de riego la longitud, anchura y ubicación de los pasos de agua pues ello dependerá en cada caso de las circunstancias según tiempo y espacio que según las costumbres o las necesidades de la finca dominante se vean más necesarias o convenientes lo cual será distinto si el riego es tradicional o a manta por embalsamiento del dominante, por acequia de tierra o de cemento abierto a la luz o por tubería subterránea cerrada u otra conducción impermeable subterránea; la dominante podrá estar en una sola pieza y a un mismo nivel o en varios poyos o niveles y podrán tener cultivos idénticos o distintos lo cual exigirá riegos unitarios o dejar partes sin regar concentrando el riego en otras porciones si el derecho es solo sobre parte de las dominantes o así conviene; y todo ello dentro de los ciclos agrícolas hace que sea imposible al constituir tales servidumbres saber con certeza absoluta e indefinida que más convendrá según futuros cultivos lo cual teniendo en cuenta el carácter visible y ostensible de tales acueductos o pasos permiten identificar las características del riego constando en todas las constituciones de servidumbres de agua hasta ahora inscritas sobre la finca sirviente el consentimiento por los titulares de los dominantes del paso por sus fincas de las aguas de las sirvientas. El fundamento de derecho quinto aplicado a los hechos séptimo y octavo de la calificación expresa que no están identificados los medios de pago empleados por las partes en los términos de la Ley 36/06 de medidas para la prevención del fraude fiscal en concordancia con los artículos 24 de la Ley Notarial y 177 de su Reglamento estando absolutamente indeterminados. Frente a lo dicho entendemos que la certificación de la comunidad de regantes incorporada al título hace constar que el adquirente ha abonado o transferido en la cuenta de la comunidad la suma total de 1.539,98 € en fecha 26 de diciembre de 2005, lo que quiere decir (en concordancia con ese reconocimiento que hace el acuerdo de la comunidad sobre los derechos de riego o servidumbres de riego que aun estando regándose no tienen reconocido su derecho en escritura pública) aunque lo exprese defectuosamente es que emplea como sinónimos no opuestos los términos de abono o transferencia aunque sean cosas distintas un abono en metálico en el acto entre pagador y cobrador y una

transferencia bancada a través de un banco entre los dichos pero al expresar a continuación que ese abono o transferencia ha sido en la cuenta de la comunidad el buen sentido obliga a deducir que lo que se hizo en la fecha indicada fue una transferencia o abono bancario en la cuenta de la comunidad que mantuviera en entidad de crédito, pero al no disponer en la actualidad del resguardo del mismo bien por extravío o por no existir la obligación fiscal y/o contable de guardarlo y conservarlo por ser de 2005, del libro de ingresos o de cualquier otro documento contable de la comunidad esta ha comprobado la existencia de este ingreso en su cuenta por el correspondiente apunte y así lo certifica su secretario con el visto bueno del presidente, Piénsese que tanto la comunidad dueña del predio sirviente como el adquirente de la servidumbre tienen claro y están de acuerdo en las fechas en que aquel se hizo, su importe exacto, incluso con céntimos pese al tiempo transcurrido desde entonces, la superficie exacta de las dominantes sobre las que se constituye la servidumbre con su número y su identificación catastral circunstancias del caso todas ellas que llevan a concluir que el importe fue abonado y transferido a la cuenta de la comunidad sin género de dudas alguno» A mayor abundamiento de lo dicho resulta que esa adquisición de derecho de riego se pagó el 26 de diciembre de 2005, y desde esa fecha como lógica consecuencia se pudieron regar las superficies de las dominantes dichas por lo que el contrato se perfeccionó en aquella fecha aunque no se haya elevado a escritura pública hasta el momento actual en que ha consumado todos sus efectos y en la fecha de la percepción del 2005 atendiendo a la letra y espíritu de la normativa que se dice infringida, está mal se podría incumplir pues no existía como tal legalmente. Mantener la aplicación retroactiva de la presente legislación a un contrato perfeccionado con anterioridad supondría infracción del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la constitución. Las sentencias del mismo tribunal 27/81 y 99/87 sientan la doctrina de que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, y retroactividad de la no favorable a los derechos individuales e intervención de la arbitrariedad. No hay retroactividad cuando una ley regula de una manera diferente y pro futuro situaciones jurídica creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado. Por último dejar constancia de que no entendemos que se quiere decir al final de la calificación por el Registrador con la advertencia de la nueva calificación que se haría si la situación jurídica y administrativa de las aguas en la subsanación que existiese fuese distinta de la registral, salvo que pese a que según el Registro de la Propiedad sean aguas privadas administrativamente da a entender que lo han dejado de ser en la actualidad, pero la realidad es que aunque sea documento que no ha podido tener a la vista ni calificar conforme a las sentencias del Tribunal Supremo Sala Tercera de lo contencioso administrativo de 29/noviembre/1961 las aguas subterráneas alumbradas en el pozo registral 8.416 de Cieza, son privadas por no proceder del manto subálveo del Río Segura y sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera de 13 de marzo de 1963 por la que se desestima el recurso extraordinario de revisión contra la anterior sentencia dicha de 29 de noviembre de 1961, interpuesto por el abogado del estado contra la misma. Por lo expuesto suplico a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que teniendo por presentado este recurso, se sirva admitirlo a trámite y en base a las alegaciones contenidas en él, revoque en su día la calificación recurrida número 146/2016 del Registrador de la Propiedad de Cieza número Uno, don Jesús Díaz Martínez de 12 de julio de los corrientes, ordenando practicar la inscripción de servidumbre de aguas para riego constituida en la escritura por mi autorizada de 11 de abril de 2016 en favor de las fincas registrales 30012 y de 31886 de Cieza, por mantener las aguas subterráneas del pozo registral 8.416 de Cieza, finca sirviente, su carácter de aguas de dominio privado teniendo inscrito sus derechos en el Registro de la Propiedad sus titulares al amparo de la ley de 13 de junio de 1879 y estar incluidos en el supuesto contemplado en esa Disposición Transitoria 3.ª 2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas que establece que si los interesados no hubieran acreditado sus derechos de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria 3.ª 1, mantendrán su titularidad en la misma forma que ahora pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas, con las limitaciones del número tres de dicha Disposición Transitoria

tercera y con aplicación a esos aprovechamiento de aguas privadas de las normas sobre explotación de acuíferos, usos de agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y en general las limitaciones del uso del dominio público hidráulico conforme el número 4 de dicha transitoria tercera. Situación de mantenimiento de su titularidad en la misma forma que hasta ahora amparada en los fundamentos jurídicos 6, 7, 8 y 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/88 de 29 de noviembre de 1988 que por otra parte no declara la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Aguas de 1985 y permite conforme a los preceptos citados del Código civil y jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Tribunal Supremo constituir servidumbres voluntarias sobre aguas privadas, siendo el contenido de la escritura calificada suspendida análogo en su regulación al que ya publica el historial de la sirviente en las inscripciones 46.^a a 56.^a, inclusive y 58.^a, posteriores todas ellas a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985».

IV

El registrador recurrido emitió informe en defensa de su nota de calificación el día 16 de agosto de 2016, ratificándola en todos sus extremos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 348, 424, 557, 563 del Código Civil; 12 y 54 y las disposiciones transitorias tercera, tercera bis, cuarta y décima del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; la disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional; el artículo 66 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 227/1988, de 29 de noviembre; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 29 de marzo de 2004 y 19 de mayo de 2008, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 29 de septiembre de 1966, 27 de agosto de 1982, 18 de octubre de 1991, 19 de septiembre de 2002 y 23 de abril de 2005.

1. Se discuten en el presente expediente las siguientes cuestiones: Si puede constituirse una servidumbre de aguas siendo el predio sirviente un pozo inscrito como aguas privadas y cualidad inherente de un fundo; si tal servidumbre está suficiente determinada para poder tener acceso al folio registral, y si cabe que se indique simplemente el precio que se ha abonado por la misma sin acreditar el medio de pago del mismo.

2. En cuanto a la primera cuestión planteada, la Ley de Aguas de 1985, además de incluir en el dominio público hidráulico del Estado los acuíferos y las aguas subterráneas, estableció un régimen transitorio para quienes a su entrada en vigor ya ostentaban derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías a título de propietario o, si se prefiere, como facultad accesoria de su derecho de propiedad de la tierra.

En síntesis, este régimen consistía en ofrecer la opción de inscribirlos en el Registro de Aguas, en calidad de aprovechamiento temporal de aguas privadas que serían respetados por la Administración durante un plazo de cincuenta años en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión a su término (disposiciones transitorias primera, apartado 1, y cuarta, apartado 1). O bien, como segunda opción, declararlos ante el Organismo de cuenca para su anotación en el Catálogo de Aguas Privadas (disposiciones transitorias tercera, apartado 2, y cuarta, apartado 2), en cuyo caso mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora.

En este punto, la Resolución de 23 de abril de 2005 ya consideró que, no obstante la consideración como aguas privadas y aun constando previamente la existencia del pozo en el Registro, para hacer constar el derecho a un caudal determinado de agua es preciso acreditar la previa inscripción en el catálogo de aguas.

En su Sentencia número 227/1988, el Tribunal Constitucional sentó la doctrina según la cual la Ley de Aguas de 1985 respetaba la utilidad real de los derechos preexistentes, los caudales totales aprovechados y la facultad de disponer de los mismos –por lo que no vulneraba el derecho de propiedad del artículo 33.3 de la Constitución Española–; de suerte que el incremento de los mismos, la apropiación de nuevos caudales, constituye una transformación voluntaria del derecho que pasa por la concesión.

La dicción original de la disposición transitoria tercera, apartado 3, establece la necesidad de transformar en concesión el derecho privado para poder incrementar los caudales usados y en caso de modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, si bien no se precisa cuáles sean estas. En este sentido, la reforma de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, introduce una nueva disposición transitoria tercera bis en el texto refundido de la Ley de Aguas, aclara que se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío. Esto supone la transformación forzosa en concesión de los aprovechamientos de aguas subterráneas privadas que sufran cualquiera de estas modificaciones.

Por tanto, a la vista de la disposición transitoria tercera bis citada, para constituir un derecho de servidumbre que suponga una modificación de la ubicación y/o de la superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamiento de regadío, será preciso, para conseguir su inscripción en el Registro de la Propiedad, justificar mediante la correspondiente certificación del registro competente de aguas, la existencia de la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, tal y como dispone la disposición transitoria tercera, apartado 3, del texto refundido de la Ley de Aguas, o que, pese a dichas modificaciones de uso, ubicación o variación de superficie, las aguas siguen teniendo carácter privado (disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional).

3. Por lo que se refiere a la correcta descripción de la servidumbre, para que puede entenderse cumplido el principio de determinación, debe recordarse la doctrina reiterada de este Centro Directivo que la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente y, por tanto, no puede considerarse como suficiente a tal efecto, la identificación que de aquellas se efectúa cuando se convienen indeterminaciones sobre datos esenciales que afectan a las facultades de inmediato uso material que las servidumbres confieren, con la consiguiente vinculación, sin límites temporales en este supuesto, de la propiedad en una extensión superior a la exigida por la causa que justifica la existencia de la servidumbre.

Ello sin perjuicio de que si el derecho real de servidumbre resultase suficientemente delimitado por los propios datos registrales y de configuración de los predios sirviente y dominante, pudiera practicarse la inscripción sin necesidad de aportar más datos identificativos.

4. También ha reconocido esta Dirección General, la evidente dificultad que en ocasiones plantea la descripción de ciertas servidumbres y su más fácil expresión gráfica en un plano, concluyendo que se ha de permitir que en la inscripción a practicar se recojan los elementos esenciales del derecho y la misma se complemente en cuanto a los detalles a través de un plano cuya copia se archive en el Registro y al que se remita el asiento. En el presente expediente de nuevo debe confirmarse la calificación recurrida ya que del propio título resulta que se permite el riego sobre parte la finca dominante, sin especificar qué parte concreta sería la beneficiaria con el mismo, sin perjuicio de incluir posteriormente la totalidad de la misma para el mes de marzo, resultando de todo punto incongruente. Asimismo, no consta la cuantía del agua a extraer o el tiempo a que se refiere el riego pactado, quedando, por tanto, indeterminada la servidumbre (cfr. Resolución de 19 de septiembre de 2002).

Además incluye que «el dueño del predio dominante por sí o sus causahabientes el compromiso de dar paso libre sobre la finca antes descrita (predio dominante) a las aguas procedentes del predio sirviente y a cualesquiera otras que pertenezcan o puedan

pertenecer a los dueños del predio sirviente o a sus herederos, para que estos puedan regar las fincas de que son propietarios o adquieran en lo sucesivo e incluso los terrenos que se rieguen con aguas que se alumbren en sus fincas», pareciendo referirse de forma vaga a una servidumbre de acueducto sobre el predio dominante. Tal expresión es sin duda insuficiente al no indicar dato alguno que permita concretar el contenido propio de la tal servidumbre, como es su ubicación exacta y medida superficial. Por tanto, tal defecto debe ser confirmado.

5. Por lo que se refiere al último de los defectos recurridos, esto es el relativo a la necesidad de acreditar los medios de pago del precio en su día pactado en el contrato privado de venta ahora elevado a público, procede también ratificar la nota de calificación recurrida siguiendo la doctrina reiterada de este Centro Directivo.

La Ley 36/2006, de 29 de noviembre, modificó, entre otros y en relación con la materia específica que es objeto del presente recurso, el artículo 24 de la Ley del Notariado así como los artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria.

Así, el párrafo cuarto del artículo 24 de la Ley del Notariado, en su nueva redacción, establece que en «las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes». Y el mismo precepto delimita el contenido y extensión con que ha de realizarse esa identificación de los medios de pago, en los siguientes términos: «... sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria».

En lo relativo a la calificación de los registradores de la Propiedad respecto de los extremos objeto de debate en este recurso, la reforma se centra en dos aspectos:

a) La obligación de comprobar si las escrituras públicas a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado expresan no solo «las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos» (disposición que se mantiene en su redacción anterior), sino, además, «la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862» (artículo 21 de la Ley Hipotecaria).

b) El cierre del Registro respecto de esas escrituras públicas en las que consistiendo el precio en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, «el fedatario público hubiere hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados» –apartado tercero del mismo artículo 254–. En tales casos, esto es, negativa total o parcial a identificar el medio de pago, se entenderá que tales escrituras están aquejadas de un defecto subsanable, pudiéndose subsanar este a través de otra escritura «en la que consten todos los números de identificación fiscal y en la que se identifiquen todos los medios de pago empleados» (artículo 254.4 de la Ley Hipotecaria).

6. En desarrollo del artículo 24 de la Ley del Notariado, el artículo 177 del Reglamento Notarial, con el precedente de la Instrucción de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2006, ha sido objeto de diversas modificaciones por los Reales Decretos 45/2007 de 19 de enero, 1804/2008, de 3 de noviembre y, finalmente, 1/2010, de 8 de enero, este último vigente en el momento de la autorización de la escritura pública cuya calificación es objeto del presente recurso.

La finalidad de este último Real Decreto viene expresada en su Exposición de Motivos cuando manifiesta que «el artículo primero modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, a los efectos de concretar, en relación con determinados medios de pago, qué datos concretos deberán quedar incorporados en el documento público, ya sea a través de acreditación documental,

ya sea vía manifestación ante el Notario, constancia que implicará que dicho medio de pago se deba entender suficientemente identificado, permitiendo el acceso al Registro de la Propiedad del instrumento público. Por otra parte, y en conexión con lo anterior, se establece una especificación en lo relativo a la obligación de comunicación por parte del Consejo General del Notariado hacia la Administración tributaria de los supuestos en los que no exista identificación de las cuentas de cargo y abono cuando el medio de pago sea la transferencia o la domiciliación bancarias».

En el párrafo segundo de dicho precepto reglamentario se impone al notario una obligación de identificación de los medios de pago cuando concurren tres requisitos: a) que impliquen declaración, constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; b) que sean a título oneroso, y c) que concurriendo estos tres requisitos, el régimen de la obligación de identificación de los medios de pago se puede sistematizar en los siguientes términos:

1.º Se han de expresar por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

2.º Pagos realizados por medio de cheques u otros instrumentos cambiarios: Además de la obligación del notario de incorporar testimonio de los cheques y demás instrumentos de giro que se entreguen en el momento del otorgamiento, se establece que, en caso de pago anterior a dicho momento, los comparecientes deberán manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado, correspondientes a los cheques y demás instrumentos de giro que hubieran sido entregados antes de ese momento. Pero a los datos del artículo 24 de la Ley del Notariado se añaden otros nuevos: la numeración y el código de la cuenta de cargo de los instrumentos de giro empleados.

Por otra parte, cuando se trate de cheques bancarios o títulos librados por una entidad de crédito, ya sean entregados con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico.

De todas estas manifestaciones quedará constancia en la escritura.

3.º En caso de pago por transferencia o domiciliación, el régimen es indistinto para el caso de que los pagos sean anteriores o simultáneos al otorgamiento de las escrituras: los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones.

4.º Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los datos o documentos citados anteriormente, el notario hará constar en la escritura esta circunstancia, y advertirá verbalmente a aquellos del cierre registral dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia.

En este régimen se especifican determinadas obligaciones que tiene el notario respecto de la identificación de los medios de pago, cuyo incumplimiento determinará las responsabilidades correspondientes.

Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «... se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria».

7. Por lo que se refiere a la concreta calificación registral impugnada se indica que la comunidad de regantes «ha recibido e ingresado en la Caja Social, bien por ingreso o transferencia o bien mediante pago en metálico en las oficinas de esta Comunidad en las fechas y por los titulares de las fincas que seguidamente se dirán, las cantidades

correspondientes al pago por el riesgo». Por tanto, se «expresa defectuosamente», impidiendo dar por debidamente cumplidas las previsiones legales anteriormente expuestas; debiendo confirmarse la nota de calificación en tal extremo.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 8 de noviembre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.