

BIBLIOGRAFIA

Libros

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Instituto de Estudios Políticos. Número 4. Enero-abril 1951.

ALONSO MOYA, Francisco: *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado.*

En este artículo se estudia de forma minuciosa y concienzuda una serie de problemas que suscita la clasificación—un tanto casuística—de las aguas en públicas y privadas, complicada de forma considerable por la concurrencia de distintos ordenamientos—civiles y administrativos—en torno de la naturaleza de la distinción.

Hace notar el autor, en un principio, que la legislación patria no es excepción dentro del maremágnum confusionista de las normas extranjeras acerca de la propiedad y aprovechamiento de aguas. Observa, también, que la rotunda clasificación que realizaron el C. c. y la Ley de Aguas ha sido malograda por contradictorias e innumerables disposiciones administrativas y resoluciones judiciales.

Enumera después normas reguladoras del dominio de aguas vivas, manantiales y corrientes, y anota que junto a los preceptos del C. c. y a la Ley de Aguas de 1897, se encuentran más de 300 disposiciones complementarias que pueden considerarse subsistentes—Reales Decretos-Leyes, Reales Decretos, Reales Ordenes, Ordenes y Ordenes Ministeriales—, que se limitan, por lo general, a regular concretas situaciones de hecho, con lo que (falta de unidad de criterio la Administración de que tales normas emanaron, y sin rango suficiente éstas para modificar la Ley de Aguas y el Código) se habrá de considerar a gran parte de las mismas como meras desviaciones reglamentarias.

De Castro denuncia en su Derecho civil la impotencia de la Administración para sentar criterios unitarios en el orden legislativo por la pluralidad de los órganos que comporta. En el problema que examinamos, esta afirmación revela toda la verdad de su contenido como se desprende del análisis de anárquicos y deslabadazos preceptos, en los que se ha llegado incluso—y en contradicción con la Ley—a construir la curiosa figura de concesión administrativa de aguas consideradas de dominio particular.

El examen de la legislación extranjera manifiesta cómo en Alemania la materia de aguas se clasifica atendiendo a la supremacía del aprovechamiento sobre la naturaleza de las mismas; en Italia, el concepto de aguas privadas es muy amplio y se construye en atención a su entidad, su utilidad y el modo como se empleen. En Francia se atiende a la naturaleza de las aguas (pluviales, manantiales y cursos naturales, na-

vegables o no navegables) y predomina el carácter público sobre el privado.

En nuestro Derecho patrio, la Ley de Aguas y el C. c. caracterizan las aguas de dominio público en tres grupos:

- 1.º Los ríos (son de dominio público en toda su trayectoria).
- 2.º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales.
- 3.º Las aguas que nacen continuas o discontinuas en terrenos del mismo dominio público.

Las aguas de dominio privado quedan delimitadas en el número 1 del artículo 408 del C. c. y artículo 5.º de la Ley de Aguas, idénticos en contenido, aun cuando puedan apreciarse en ellos algunas diferencias terminológicas.

Se configura, por tanto, el concepto de aguas de dominio privado como una verdadera excepción al criterio general de caracterizar como públicas las aguas de las corrientes naturales, sean cualesquiera su denominación y circunstancia. Define el autor como aguas de dominio privado las continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales mientras discurren por los mismos predios.

Tras de enumerar las facultades dominicales sobre aguas de dominio privado, deduce que el dueño del predio donde brota un manantial sólo disfrutaba de una preferencia para su uso y aprovechamiento con anterioridad al 3 de agosto de 1886. A partir de entonces, se confunde esta preferencia con el derecho de los dueños y predios particulares a aprovechar eventualmente las aguas públicas de manantiales y arroyos con las limitaciones del artículo 415 del C. c. Naturalmente, las aguas de dominio privado no varían de naturaleza cuando su propietario no haga uso de sus facultades de aprovechamiento.

El artículo 6.º de la Ley, define los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público. Según el artículo 409 del C. c., este aprovechamiento se adquiere por concesión administrativa o por prescripción de más de veinte años.

La Ley distingue entre aprovechamientos comunes y aprovechamientos especiales, los cuales se adquieren por concesión administrativa o por disfrute sin oposición durante los mismos veinte años (artículo 147 y 149). Se salva, pues, la necesidad de la autorización o concesión administrativa, pensando en el poco consumo de agua que representan en su utilidad en el régimen de regadíos.

Previendo la confusión a que puede inducir el examen del contenido de los derechos de dominio sobre aguas privadas y de aprovechamiento sobre las públicas, observa el autor atinadamente que, pese a la casi total identidad de unas y otras facultades, los aprovechamientos sólo pueden referirse a aguas públicas y tienen naturaleza pública; el dominio privado sobre las aguas privadas se constituye con todas las características propias de la titularidad dominical, aunque limitado su contenido a las escasas facultades que la Ley le reconoce.

Se detiene, a continuación, el articulista en considerar las especia-

lidades de las aguas públicas separadas de sus cauces naturales, y de las nacidas en montes de propios, denunciando las contradicciones en que incurren las resoluciones administrativas y judiciales sobre la materia.

La exposición de Motivos de la Ley insiste en que la concesión de aprovechamientos no hace perder a las aguas su carácter público. Pero abundante jurisprudencia (27 diciembre de 1892, 27 mayo 1890, 20 mayo 1921, 30 septiembre 1896, 10 junio 1921, 18 diciembre 1930) mantiene que cuando el cauce artificial pertenezca a Comunidad de Regantes, el agua que por él discorra pierde su pública naturaleza. Sin embargo, no falta jurisprudencia y resoluciones ministeriales en sentido contrario (R. O. 13 de abril de 1881, Resolución 22 noviembre 1889, 18 enero 1919, etc.); pero es en sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1948, donde por primera vez se resalta la diferencia entre dominio y aprovechamiento y entre agua y cauce. A este criterio se adhiere el articulista y defiende su opinión basado en que, frente a la exposición de Motivos y a la clara expresión de los artículos 407 C. c. y 4.º Ley, no pueden prevalecer el número quinto, artículo 408 Código civil, ni los artículos 98 y 166 de la citada Ley, que además de no ser contradictorios con ellos, nunca pueden regular la naturaleza de las aguas, pues se limitan a normar lo pertinente a cauces, relaciones de servidumbre de acueducto y formas de expropiación.

La única diferencia que el señor Alonso Moya advierte entre aguas apartadas de su cauce natural a título de concesión o de prescripción es a efectos de la jurisdicción competente (administrativa u ordinaria), pero ninguna influencia ejerce esta distinción sobre la naturaleza pública o privada de las aguas de que se trata.

El contenido de los derechos adquiridos por concesión administrativa o por prescripción adquisitiva, es idéntico; únicamente varía la naturaleza del título civil o administrativo, respectivamente.

Sale el autor al paso de una concepción extendida en determinados sectores de la doctrina, que entienden como de dominio privado de las aguas empleadas por Comunidades de Regantes, siendo así que la naturaleza misma de estas Comunidades está fundada con base en el derecho público. Finalmente, afirma el señor Alonso Moya, que el contenido de cada aprovechamiento no da pie a un observador objetivo a convertirlo en derecho de dominio, por cuanto quien adquiere, verbigracia, el aprovechamiento de las aguas para un menester concreto, no puede emplearlas para otro sin recibir permiso.

Es en materia de aguas, nacidas en montes de propios, donde las disposiciones del C. c. han padecido el ataque de normas de distinto origen, que sin escrúpulos jerárquicos han establecido una nueva regulación. Se ha llegado en la materia a regular instituciones tan pintorescas y contradictorias como la concesión de aguas de dominio privado.

Hasta el corriente siglo no existía el menor atisbo legislativo sobre el tema. En distintos artículos del Real Decreto de 10 de octubre de 1902 se exige, para el establecimiento de servidumbres y concesiones en terreno forestal, una serie de requisitos lógicos y justos, pero que jurídicamente contradicen las disposiciones de la Ley. Para evitar se-

mejantes contradicciones se dictó el R. D. de enero de 1905, que deroga las exigencias prevenidas en la disposición citada de 1902. Esta derogación exige nueva aclaración, y a llenar esta necesidad viene la Real Orden de 27 de diciembre de 1905, que aun conserva el natural respeto a la Ley de Aguas y al Código civil. La Dirección General de Agricultura, de acuerdo con la Dirección General de Industria y Comercio, proponen ciertas novedades que culminan en la R. O. de 8 de enero de 1906, en la cual quiebra ya aquel respeto, e incluso el debido a la competencia de distintos órganos de la Administración pública, ya que se inmiscuyen estas Direcciones en el campo específico reservado a la Dirección General de Obras públicas, según R. O. de Obras públicas de 1902. Las arbitrariedades cometidas en la R. O. que examinamos, son tan palmarias que la ponen en contradicción con disposiciones del Código civil y de la Ley de Aguas, lo que puede llevarnos a la conclusión de que dicha Real Orden es en absoluto inaplicable por contravenir al tenor del artículo 5.º del Código civil. Nueva oscuridad arroja en la materia la publicación de la Ley de Pesca fluvial de 27 de diciembre de 1907. En esta Ley se vuelve a tratar de cuál sea el criterio de distinción para diferenciar las aguas públicas y privadas, y el criterio es contradictorio respecto del sustentado hasta la fecha, ampliándose el campo de las aguas privadas. La contradicción es aún más radical, por cuanto se puede llegar a la concesión de aguas privadas, a tenor del artículo 41 de las Instrucciones para la adaptación del régimen de los montes de propios al Estatuto municipal y sus Reglamentos aprobados por R. D. de 17 de octubre de 1925. Esa concesión de aguas privadas no tiene sentido en derecho porque la concesión como acto público compete a la Administración respecto de objetos jurídicamente pertinentes a la misma. En todo caso, cabe hablar de expropiación o enajenación forzosa de aquel bien privado del que con "terminología equivocada" se predica la concesión. La concesión no es expropiación, es una forma de usar de las cosas públicas. En este sentido se manifiesta acorde la doctrina. Sigue analizando el autor la desastrosa actuación del ramo de Montes en materia de aguas para volver al examen de la vigente Ley de Pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, y su Reglamento de 6 de abril de 1943, en cuyos preceptos se hace una relación de las aguas de dominio privado y de las aguas de dominio público, viniendo nuevamente a contradecir los criterios mantenidos en nuestras leyes fundamentales. La nota aclaratoria en la materia se debe a la posición vigente hoy en el Ministerio de Obras públicas, que se patentiza en el informe del ingeniero de caminos, señor Fernández Frizchi, quien en un expediente sobre aguas de montes de propios recoge directrices, seguidas por la Asesoría Jurídica y por el Consejo de Estado, volviendo otra vez la vista a la Ley y al Código para la calificación de las aguas.

También ha sido prudente la legislación sobre materia local al no haber regulado la cuestión, dejando plenamente vigente la Ley de Aguas y el Código civil.

Después de todo este análisis deduce el autor la conclusión de que la solución a las contradicciones legales y doctrinales sobre la calificación

de las aguas radica en volver a lo dispuesto en el Código y en la Ley de Aguas, que no han podido ser derogados por disposiciones administrativas de jerarquía inferior a la que aquéllos representan. Señala también la conveniencia de desligar claramente las atribuciones de los Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura, en orden a este tema.

En unas consideraciones finales, se sienta la conclusión siguiente: Son aguas públicas: todas las de los ríos y torrentes en toda la extensión de su recorrido, lo mismo que las corrientes de agua que les dan nacimiento; las de los arroyos y manantiales que corren en su cauce natural, sin distinguir entre la naturaleza pública o privada de los terrenos que atraviesan y las que sin correr por cauces naturales lo hagan en terreno de dominio público. No pierden el carácter de públicas aquellas aguas cuyo cauce natural se abandone artificialmente.

BALLBÉ, Manuel: *Las reservas dominiales* (principios).

Se trata de un interesante estudio sobre la naturaleza de las reservas hechas por la Administración para limitar el uso de bienes dominiales, adscribiéndolos al privativo disfrute de la persona pública. La institución de la reserva es muy reciente y su primera manifestación legislativa en España data de un R. D. del año 1914. En materia de aguas se encuentran disposiciones que afectan a la Administración, con carácter exclusivo, determinadas aguas públicas. El concepto que da el señor Ballbé de la reserva es el siguiente: Potestad jurídico-administrativa que compete a las personas públicas titulares de un bien de dominio público, para, detrayéndolo a la utilización de los administrados, retenerlo para sí con un fin público, siempre que no se origine perjuicio de tercero que estuviese favorecido por un derecho subjetivo sobre aquel bien. La naturaleza de esta institución se explica por la del dominio público. La Administración tiene sobre los bienes de dominio público dos órdenes de facultades: el *ius dominii* y el *ius imperii*, el primero específico del dominio público y el segundo, genérico de la Administración. Sobre las cosas de dominio público, cuando se adscriben al uso común, la Administración renuncia a la facultad de su uso y disfrute, permitiendo su utilización por los administrados, pero puede retraerlo en un momento dado. Por consiguiente, el fundamento jurídico de esta institución radica en la potestad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público. De aquí que el acto mediante el cual la Administración ejercita este derecho sea un acto meramente declarativo. Por tratarse de una facultad inherente al derecho de propiedad no es preciso, en rigor, que un precepto legal otorgue a la Administración la posibilidad de realizar cada reserva; pudiendo, por tanto, reservarse la Administración cuantos bienes tengan el carácter de dominio público.

De todo lo dicho se infiere que la reserva es un poder de la Administración sobre bienes de su dominio. Como los bienes se adscriben a cada entidad concreta—sea municipal, sea provincial, sea estatal—; sólo aquella que ejerce la titularidad sobre los mismos puede actuar la reserva,

a través de sus órganos competentes. Sin embargo, por ser la reserva un caso concreto de estatización, municipalización o en general de colectivización de servicios, le son aplicables las normas previstas para estos casos, cabiendo todas las modalidades establecidas para la gestión de aquellos servicios.

La teoría de la reserva no es aplicable a todas y cada una de las modalidades del dominio público, sino sólo a aquellas susceptibles de aprovechamiento tolerado a los administrados. La causa por la que se constituya la reserva es de apreciación discrecional por la Administración y, por tanto, el acto que la disponga no admite impugnación jurisdiccional. Por ser la reserva una facultad dimanante del dominio está sujeta a las limitaciones impuestas por el derecho dominical y fundamentalmente por los derechos subjetivos adquiridos por tercero. Si el derecho subjetivo existe, y la Administración impone una restricción a ese derecho, lo hará por vía de confiscación o de expropiación, pero no por vía de reserva. Señala el autor que los lugares públicos abiertos al uso común no originan un derecho a favor de los usuarios, sino una simple permisión que puede cesar en cualquier momento.

Pasa el señor Ballbé a examinar en qué caso se puede hablar de la existencia de un derecho y desde qué momento cabe entender que el derecho se haya constituido. En materia de dominio minero, por ejemplo, el simple hecho de denunciar un yacimiento y solicitar de la Administración su concesión, impone ya un respeto por parte de la Administración en favor del inventor, sin que quepa la negación discrecional de la concesión pedida. No ocurre lo mismo en el resto de las concesiones administrativas, en las que el margen de libertad de apreciación que a los órganos públicos corresponde, es de mucha mayor amplitud.

En nuestro ordenamiento positivo inspirado en principios privativistas, la estatización se halla restringida, sobre todo por limitaciones de orden formal, entre las que destacan las exigencias de la publicidad en los Boletines oficiales. Los efectos de la reserva son, finalmente, de dos arbitrar los medios para el uso directo del dominio que se asigna, y otro de orden externo, respecto de los administrados, que excluye la posibilidad por parte de éstos de adquirir derechos a la utilización especial o privativa de la porción reservada.

Manuel VILLAR

ALBIÑANA GARCIA QUINTANA, César: "Responsabilidades patrimoniales tributarias". Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid, 1951, 237 páginas.

Libros como el presente sólo puede escribirlos quien viva la realidad del Derecho sumido a la par en el estudio de la doctrina. Advierte el autor, en las nociones preliminares, e insiste luego en la idea (pág. 128), que "hora es de que, cuando se desarrollan instituciones y conceptos de Derecho financiero, se manejen nociones estrictamente jurídicas". A tal advertencia, plenamente cierta, añadimos nosotros: y hora es también