

ANTECEDENTES ROMANOS DEL ACTUAL USO DE LAS RIBERAS Y MÁRGENES DE LOS RÍOS

PAULA DOMÍNGUEZ TRISTÁN (*)

SUMARIO: I. Consideraciones de índole introductoria. II. Régimen jurídico romano de las orillas de los ríos públicos; 2. 1. Algunas precisiones conceptuales. 2. 2. El *usus publicus riparum*. III. El art. 553.1 del Código Civil español y la legislación de aguas en materia de uso de riberas y márgenes de los ríos.

I. CONSIDERACIONES DE ÍDOLE INTRODUCTORIA

Sabemos que el Derecho romano no conoció, como hoy, la categoría general de la servidumbre⁽¹⁾ ni tampoco las llamadas posteriormente servidumbres legales⁽²⁾, pero sí, como acreditan las fuentes, diversas restricciones o limita-

(*) Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona.

(1) Sin embargo, como observa BIONDI, B., *Las servidumbres*, trad. al castellano de la ed. original italiana (*Le servitù*, Milano, 1967), *con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por José Manuel González Porras*, Madrid, 1977, pp. 14-15, la doctrina de las servidumbres deriva del Derecho romano y, a través de la tradición romanística, que no altera la estructura de la institución, se inserta en el Derecho moderno. Así pues, sobrevive no sólo el lenguaje técnico sino la estructura del citado derecho. Cabe destacar que el romanista italiano expone en esta monumental obra la estructura y disciplina de las servidumbres, las cuales, no obstante las innovaciones legislativas que se han superpuesto durante el transcurso de los siglos, presentan ese carácter lineal y coherente que había fijado la jurisprudencia romana. En esta línea, PORRAS, J. M., *Biondi. Las servidumbres*, cit., recuerda que “el Derecho romano no ofreció una definición de la servidumbre, ni tuvo una idea abstracta de la misma, que pudiera albergar un contenido variado de acuerdo con las voluntades de las partes, sino que simplemente ofreció una serie de tipos o de «figuras»; sin embargo, elaboró una serie de principios fundamentales que han servido desde entonces, en una tradición milenaria, para darnos la más exacta idea del sentido y significado de la institución. Principios que, elevados a la categoría de verdaderos axiomas, han pasado a la mayoría de los ordenamientos positivos vigentes (cfr. LONGO, C., *La categoria delle servitutes nel Diritto romano classico*, *BIDR*, 11 (1898))”.

(2) BIONDI, *ibidem*, en p. 1.319, señala que por tradición secular, que se remonta al *Corpus iuris* y llega a algunos códigos y civilistas del s. XIX, las limitaciones legales del dominio se han calificado de servidumbres, a las que se añade el adjetivo de “legales” para indicar que la relación emana directamente de la ley. Tal calificación tiene su historia, que es recordada, brevemente, por el citado autor en pp. 1.319-1.322. Sobre las servidumbres legales en las fuentes

ciones *ex lege* al derecho de propiedad de los particulares sobre inmuebles⁽³⁾, ya sea por razones de interés privado, es decir, de relaciones de vecindad, ya sea por razones de interés público⁽⁴⁾ y, por ello, precisamente, designadas por los romanistas como “limitaciones de Derecho público”⁽⁵⁾, que, en cualquier caso, no se denominaron ni encuadraron entre las *servitutes*⁽⁶⁾. A mi juicio, hay que coincidir con SCAPINI que para el Derecho romano, a diferencia del actual, una función pública de la propiedad resulta conceptualmente inconcebible.

romanas y, especialmente, en el Derecho justiniano, *Vid.* BRUGI, B., *Studi nella dottrina romana delle servitù prediali*, *Archivio Giuridico*, 25 (1880) pp. 321 ss.; 27 (1881) pp. 145 ss.; 29 (1883) pp. 521 ss.; 32 (1884) pp. 206 ss.; 33 (1884) pp. 237 ss.; BIANCHI, F., *Trattato della servitù legali nel diritto civile italiano*, vol. 1, Lanciano, 1888.

⁽³⁾ En palabras de CORBI, L., *Origen de la propiedad romana y de sus limitaciones*, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 2 (1994) pp. 83-94, p. 87: “Las limitaciones legales que conoce el Derecho romano, esto es, las que tienen su origen en la ley y que son totalmente independientes de la voluntad de las partes, casi afectaron, con exclusividad, a los propietarios de inmuebles y esclavos”. En este sentido se pronuncian, con anterioridad, BONFANTE, P., *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1987 (reimpresión de la 10.^a ed.), p. 256; y BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1972 (reimpresión de la 4.^a ed.), pp. 268-269.

⁽⁴⁾ La plenitud del dominio en el Derecho romano no excluye, por tanto, posibles limitaciones a las facultades del propietario, cuyas manifestaciones más antiguas, según BONFANTE y BIONDI (*id. n. anterior*), nacen con el fin de proteger la propiedad en las relaciones de vecindad, pero que después, a medida que aumenten las nuevas necesidades sociales, se ampliarán *ex lege*, incidiendo en ámbitos de especial relevancia para la colectividad, como es la agricultura, la higiene, el urbanismo, la estética. Para SCAPINI, N., *I limiti legali della proprietà nell'evoluzione storica del Diritto romano*, Parma, 1998, p. 9, al menos a partir de las XII Tablas, el pretendido señorío absoluto con el que se identificó el derecho de propiedad individual en la época arcaica ya encontró límites de carácter sagral o jurídico-religioso; límites que se multiplicaron en los períodos sucesivos, en particular, en el Bajo imperio y luego en el Derecho justiniano. Coincido con el autor, *ibidem*, que la extensa y variada serie de limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico al *dominium* es un dato irrefutable, a la luz de las fuentes, y que, por ello, deben tenerse en cuenta cuando se aborda el problema relativo a la definición del derecho de propiedad.

⁽⁵⁾ En este sentido, cfr. SCAPINI, *I limiti legali della proprietà*, cit., p. 12; TOMÁS, G., *La servidumbre en interés general de la navegación. Un análisis histórico*, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Juan I. Echano Basaldúa (coord.), Bilbao, 2002, pp. 1323-1343, p. 1325 (= *Limitations à la propriété riveraine et libre navigation fluviale*. RIDA, 48-3.^a Série (2001) pp. 361-372, p. 362).

⁽⁶⁾ Cfr. AZNAR, R., *Navegación fluvial y limitaciones del dominio en el reino de Valencia. Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio. VI. Encuentro interdisciplinar. Salamanca, 17-19 de septiembre de 2008*, coord. Salustino de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano Madrid, 2009, pp. 331-350, p. 332. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1.321, tras afirmar que en el lenguaje legislativo de la época postclásica y justiniana se califican de *servitutes* algunas limitaciones del dominio, en concreto, las relativas a las relaciones de vecindad, observa, sin embargo, que dichos textos, empezando por la Glosa, se consideran interpolados por la crítica.

ble⁽⁷⁾, pues como viene a demostrar BONFANTE la misma era considerada la expresión más acentuada de la independencia del ciudadano propietario y, por ello, los hoy llamados “límites de Derecho público” del dominio de los particulares son así clasificables sólo si se entienden como límites establecidos en interés de la colectividad que prevalece, excepcionalmente, sobre el del particular, por motivos políticos o sociales o económicos o, incluso, ético-religiosos. La absoluta libertad que, como regla general, tenía el propietario respecto a la disposición material de la cosa y que se concretaba, según la definición de los juristas medievales en un *ius utendi et abutendi*, demuestra que la hoy llamada “función social o pública de la propiedad”⁽⁸⁾ era totalmente ajena al pensamiento jurídico romano, con la consecuencia que sólo un interés de la colectividad, en la que se identifica, utilizando terminología moderna, el Estado, lleva al “ordenamiento jurídico” a establecer importantes limitaciones al derecho de propiedad de los particulares sobre inmuebles y, en menor medida, también sobre muebles⁽⁹⁾.

El propósito de este estudio no es otro que contrastar, a la luz de los textos, que la vigente regulación legal española sobre el uso de riberas y márgenes de los ríos⁽¹⁰⁾ constituye, en líneas generales, y con las reservas oportunas, la plasmación de una esencia romana coherente para las nuevas regulaciones⁽¹¹⁾.

Dicho esto, antes de iniciar la exposición de lo que constituye *per se* el fin de este trabajo, considero de interés realizar algunas observaciones generales,

⁽⁷⁾ Como afirma SCAPINI, *ibidem*, p. 11, la doctrina civilista más moderna, en relación al principio que “la propiedad siempre tiene una función pública” (sancionado por el Código civil italiano y por la Constitución), ha encontrado en tales limitaciones del derecho de propiedad en interés público los medios para hacer efectiva esa finalidad pública.

⁽⁸⁾ En esta línea el art. 33 de la Constitución española de 1978, tras reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, dispone en su apartado segundo que “La función social de estos derechos delimitará su contenido con arreglo a las leyes”. Sobre el significado y alcance de la función social de la propiedad, VID. NOGUERA, B., *Las servidumbres de la Ley de costas de 1988*, ed. Marcial Pons. Madrid. 1995, pp. 69-86, y amplia bibliografía citada; COLINA, R., *La función social de la propiedad en la constitución española de 1978*, ed. Bosch. Barcelona, 1997, con extensa bibliografía sobre el tema.

⁽⁹⁾ SCAPINI, *I limiti legali della proprietà*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁾ Art. 553 del Código Civil de 1889; Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 y Reglamento de Dominio público Hidráulico de 1986, recientemente modificado por RD 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

⁽¹¹⁾ Cfr. ALBURQUERQUE, J. M., *Las orillas de los ríos públicos en Derecho Romano: tratamiento interdicital y jurisprudencial* (D. 43, 12, I, 5), Universidad de Córdoba. Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001, pp. 163-173, p. 170.

que, a mi entender, permitirán, cuando menos, valorar, con mayor rigurosidad, el papel desempeñado por el Derecho romano en la configuración actual del tema que nos ocupa.

Lo primero que cabe destacar es que en la jurisprudencia romana de la época clásica, ni siquiera las limitaciones de la propiedad reguladoras de las relaciones de vecindad en interés privado eran calificadas de *servitutes*⁽¹²⁾. En último término, lo que impedía a los juristas clásicos cualquier tentativa de encuadrar o incluso aproximar las “limitaciones legales del dominio” a las “servidumbres” era la distinta estructura de las limitaciones concretas tanto entre sí como en relación a las servidumbres, lo que se reflejaba en la tutela judicial⁽¹³⁾. Mientras las servidumbres constituyen una precisa categoría jurídica, hasta el punto de permitir construir un concepto general, de contornos precisos y estructura bien definida⁽¹⁴⁾, las limitaciones legales de la propiedad, incluso las relativas a las relaciones de vecindad, son tan heterogéneas y tienen una regulación jurídica tan diversa, que una sistematización bajo un concepto general se presenta como una empresa harto difícil⁽¹⁵⁾. Por ello, hay que concluir con BIONDI que los romanos desconocieron no sólo un régimen unitario, sino también cualquier denominación colectiva que sirviese para designar los que nosotros hoy llamamos “limitaciones legales del dominio”⁽¹⁶⁾.

La confusión posterior entre las servidumbres prediales y otras restricciones a la propiedad de los fundos tiene como punto de partida, a juicio de algunos autores, la tendencia consolidada en el Derecho justiniano a extender la consideración de *servitutes* a algunas limitaciones del dominio de origen no convencional, que comportan una relación entre predios y presentan una estructura análoga a las genuinas servidumbres; limitaciones que acabarán siendo calificadas como “servidumbres legales”. Una categoría que los doctores del *Ius commune* recogerán y ampliarán, al comprender en ella a todas las limitaciones legales de la propiedad, incluidas muchas figuras totalmente alejadas de las servidumbres, lo que ha encontrado continuidad en la doctrina y legislación posterior⁽¹⁷⁾.

⁽¹²⁾ Todavía en la Compilación de Justiniano, como corroboran las Instituciones, el Digesto y el Código, bajo la rúbrica “*de servitutibus*” queda excluida, sistemáticamente, la materia de las limitaciones de la propiedad.

⁽¹³⁾ BIONDI, *Las servidumbres*, cit., pp. 1.319-1.320.

⁽¹⁴⁾ Al respecto, *Vid. BIONDI, ibidem*, pp. 10-24.

⁽¹⁵⁾ BIONDI, *ibidem*, p. 1.320. El autor afirma, en p. 1.321, que cada limitación es distinta una de otra por razón de su estructura, objeto, fin y protección y, por ello, entiende que tanta diversidad entre dichas limitaciones es la que justifica que en las obras de los juristas no haya una huella no sólo de sistematización, sino de denominación única.

⁽¹⁶⁾ BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1.321.

⁽¹⁷⁾ BERMEJO, M. A, *Limitaciones de dominio y servidumbres prediales en los siglos medievales. Historia de la propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, cit., pp. 15 ss.

En la línea de lo dicho la doctrina tradicional, justamente superada, calificó, erróneamente, como “servidumbres legales” una gran parte de las limitaciones de la propiedad inmobiliaria impuestas *ex lege*, limitaciones que, sin embargo, como ya he apuntado, en el Derecho romano no se denominaron ni encuadraron entre las *servitutes*, pues su estructura nada tenía que ver con la de éstas. Prueba de ello es, precisamente, el caso de los dueños de los fundos ribereños, cuya propiedad limita la ley por razón de interés público, obligándoles a soportar todo lo que sea necesario para el *usus publicus* del río y sus orillas. En efecto, los juristas romanos clásicos tienen muy claro que esta relación entre uso y dominio nada tiene que ver con la estructura de las servidumbres, ya que faltaría, entre otras cosas, el primero de sus presupuestos, la relación entre dos predios, razón suficiente para no mezclar instituciones distintas bajo la misma denominación⁽¹⁸⁾. De conformidad con este esquema, parte de la doctrina contemporánea ha rechazado la categoría de la servidumbre legal⁽¹⁹⁾, pese a que, como veremos, nuestro Código civil continúa utilizándola para calificar una serie de supuestos que no lo son⁽²⁰⁾.

La referida confusión entre servidumbres legales y limitaciones *ex lege* de la propiedad inmobiliaria, ajena al Derecho romano y, sin embargo, una de las cuestiones doctrinales más polémicas en el basto campo de las servidumbres, escapa, lógicamente, de las pretensiones de este estudio y, por ello, lo único que quiero destacar en esta sede es que, en última instancia, lo que permite o permitiría calificar de servidumbre legal a ciertas limitaciones de la propiedad es el que éstas presenten una estructura análoga a la servidumbre, esto es, que respondan plenamente a un estado de sujeción de un fundo respecto a otro en utilidad de éste, pues ésta es la esencia de las servidumbres, con independencia que se apoyen directamente en la ley o en la voluntad del hombre⁽²¹⁾.

Lo expuesto hasta aquí cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que el objeto de este trabajo, desde la perspectiva indicada en el propio título, se encu-

p. 60. El autor, en p. 78, sostiene que todo este entramado jurídico tejido en torno a la institución de las servidumbres, que se presenta ya perfectamente articulado en el Derecho clásico, habría entrado en crisis durante la etapa postclásica, víctima, sobre todo, de los embates de un fenómeno de vulgarización. A su entender, esta nueva situación se manifiesta en el ámbito de las servidumbres en una marcada tendencia a considerar como tales lo que son meras limitaciones de la propiedad. BIONDI, *op. cit.*, como ya he indicado en n. 6 (*vid.*), destaca, sin embargo, que los textos postclásicos y justinianos que vendrían a corroborar la mentada tendencia, empezando por la Glosa, se entienden interpolados por la crítica.

⁽¹⁸⁾ En este sentido ya se manifestó, en líneas generales, BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1.343.

⁽¹⁹⁾ BIONDI, *op. cit.*, p. 1.344.

⁽²⁰⁾ *Vid. infra*, pp. 15 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. BIONDI, *Las servidumbres*, cit., p. 1.323.

adra, precisamente, en el ámbito de las llamadas limitaciones legales del derecho de propiedad por causa de interés público, en concreto, la que se impone a los dueños de los fundos ribereños, quienes deben soportar todo lo que sea necesario para el *usus publicus* del río y sus orillas⁽²²⁾, lo que se traduce, *in fine*, como veremos, en una restricción que afecta a una zona determinada de su propiedad ribereña, esto es, la que es contigua al río público, por formar parte de su orilla, denominada en los textos *ripa*.

II. RÉGIMEN JURÍDICO ROMANO DE LAS ORILLAS DE LOS RÍOS PÚBLICOS⁽²³⁾

2.1. Algunas precisiones conceptuales

El objeto del trabajo justifica *per se* que, como cuestión previa, trate de determinar el significado técnico del término *ripa* en el Derecho romano, en otras palabras, identificar, en la medida de lo posible, el espacio o marco geológico al que se hace referencia con dicho término, sin olvidar, por otra parte, que la doctrina, en general, lo traduce por “orilla” o “ribera” del río indistintamente⁽²⁴⁾. En esta línea las propias fuentes nos proporcionan dos definiciones, una de ULPIANO, en D. 43, 12, 1, 5 68 *ad ed.*, y otra de PAULO, en D. 43. 12. 3. 1 y 2 16 *ad. Sab.*, si bien ALBURQUERQUE nos advierte del problema que

⁽²²⁾ En este sentido, cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado*, trad. al castellano por Daza Martínez, Madrid, 1986, p. 319; y autores citados en n. 5. Sin embargo, BONFANTE, *Corsso di Diritto romano. La proprietà*, II-1.^o, 1926, p. 261, considera que sólo el sistema justiniano permite pensar que el *usus publicus riparum* sea una limitación legal de la propiedad.

⁽²³⁾ Es cuestión pacífica que los grandes ríos por los que discurría el tráfico comercial y de personas fueron considerados públicos. Sobre la distinción entre ríos públicos y privados, a la que se alude en D. 43, 12, 1, 3 *Ulp. 68 ad ed.*, vid. entre otros, BURDESE, A., v. “*Flumen*”, *NNDI* (1957) pp. 414-416; y ASTUTI, G., v. “*Acque*”, *ED*, I (1958) pp. 346-387, pp. 350-351. En definitiva, como observa TOMÁS, *La servidumbre en interés general de la navegación*, cit., p. 1.325, n. 5, el interés de esta distinción se halla, sobre todo, en la aplicación de los interdictos de *fluminibus*, previstos sólo para los ríos públicos. Asimismo, sobre la protección interdictal de los ríos públicos y de sus orillas, *Vid. GÓNZALEZ, P., El régimen jurídico de las aguas y la protección interdictal de los ríos públicos en el Derecho Romano*, *Rev. Estud. Hist.-Juríd.*, 21 (1999) pp. 65-74; ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., pp. 171 ss; *id. La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*, ed. Dykinson, Madrid, 2002.

⁽²⁴⁾ Sin embargo, el art. 553 del Código Civil español y la regulación legal en materia de aguas diferencian las riberas de las orillas o márgenes del río, razón por la que me decanto por traducir la palabra *ripae* por “orillas”.

surge al contrastar, en principio, la dualidad jurisprudencial respecto a dicho concepto⁽²⁵⁾.

De conformidad con lo dicho paso ya a examinar los citados textos en que se define la orilla del río.

En D. 43, 12, 1, 5 *Ulp. 68 ad ed.* se puede leer:

Ripa autem ita recte definietur id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens: ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit nilum, qui incremento suo aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei eius munienda sunt. Si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nanctus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est ripas quoque eum mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere.

ULPLIANO, en el inicio del fragmento, define la orilla — *ripa* — como lo que contiene al río en su natural vigor, es decir, al flujo natural de su corriente⁽²⁶⁾. En suma, con la expresión *quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens*, el jurista se refiere a lo que sería propiamente el límite del cauce (terreno cubierto por el curso normal u ordinario del río) y que hoy, en sentido técnico, se denomina “ribera”⁽²⁷⁾. A continuación, distingue dos supuestos según la crecida del río sea extraordinaria o temporal, o por el contrario, natural y permanente, con el fin de destacar las diversas consecuencias que derivan para las orillas.

Por lo que respecta al primer supuesto, esto es, si alguna vez creció temporalmente el río, o por lluvias, o por el mar, o por alguna otra razón, el jurista concluye que *ripas non mutat*⁽²⁸⁾, apoyando, a su vez, dicha solución en un

⁽²⁵⁾ ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., p. 163.

⁽²⁶⁾ Como recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público romano y recepción del Derecho Romano en Europa*, 5.^a ed., civitas ediciones. Madrid, 2000. pp. 270 ss (= última ed. *Derecho Público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 15.^a ed.. ed. Dykinson. Madrid. 2012). la producción científica al respecto es muy extensa, aunque a los efectos que aquí interesan, cabe remitir a la bibliografía concreta citada por ALBURQUERQUE. *Las orillas de los ríos*, cit., en p. 164, n. 2.

⁽²⁷⁾ Cabe observar, en este sentido, que el vigente Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 (art. 4= art. 4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986), define el “cauce”, esto es, el álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua como “el terrenos cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias”; y las “riberas” (art. 6= art. 6 del citado Reglamento) como “las fajas laterales de los cauces públicos situados por encima del nivel de aguas bajas...”

⁽²⁸⁾ En este sentido, vid. también D. 43, 12, 1, 9 *Ulp. 68 ad ed.*

ejemplo de inundación por una crecida del río, ejemplo que transcribe en los siguientes términos: Así pues, ninguno dijo que el Nilo — *nemo denique dixit nilum* —, que con su crecida cubre Egipto — *qui incremento suo aegyptum operit* —, cambia o extiende sus orillas — *ripas suas mutare vel ampliare* —, porque cuando hubiere vuelto a su constante dimensión — *Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit* —, se han de reparar las orillas de su cauce — *ripae alvei eius munienda sunt* —. Sin embargo, si el río hubiere crecido naturalmente, de modo que haya alcanzado incremento perpetuo, por haberse unido otro río, o por alguna otra razón, segundo supuesto contemplado en el texto, se ha de decir, sin duda alguna, en palabras de ULPIANO, que también el río *ripas mutasse*, a la manera que si habiendo cambiado de cauce empezó a correr por otro.

También PAULO, en D. 43, 12, 3, 1 y 2 16 *ad Sab*, define la *ripa* en los siguientes términos:

Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continent (1). Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam (2).

El jurista, tras afirmar en D. 43, 12, 3, 1, que se considera que es orilla la que contiene al río cuando está más crecido⁽²⁹⁾, advierte, sin embargo, en D. 43, 12, 3, 2, que no son públicos todos los terrenos inmediatos a las orillas de los ríos, porque forman parte de la orilla desde que de lo llano comienzan a declinar hasta el agua.

La lectura de estos fragmentos permite apuntar, por una parte, que PAULO define la orilla, al igual que ULPIANO, en atención al curso del río que contiene, esto es, como el límite del cauce mismo, aunque alude, a estos efectos, a la máxima crecida del curso del agua⁽³⁰⁾; y por otra, que fija además los límites del espacio o zona del terreno que, en concreto, ocupan las orillas de los ríos⁽³¹⁾, cuestión de gran relevancia a los fines de determinar, de conformidad con el objeto del presente estudio, qué parte o franja del terreno adyacente al río público queda sujeto al llamado en las fuentes *usus publicus riparum*.

Llegados a este punto la comparación de ambas definiciones pone de manifiesto que mientras ULPIANO se refiere a la orilla como la que contiene el curso natural o normal del río — *quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui*

⁽²⁹⁾ Para ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., p. 165. la explícita y breve definición de PAULO, parece más clara.

⁽³⁰⁾ *Vid. supra*, n. 27.

⁽³¹⁾ En esta línea el art. 6 del Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 (= art. 6 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986) define las "márgenes" del río como "los terrenos que lindan con los cauces..."

tenens —, PAULO atiende a la máxima crecida de su curso — *quae plenissimum flumen continent* —. Lo dicho, sin embargo, no significa, a mi entender, que las afirmaciones vertidas por los juristas sean irreconciliables y que, por tanto, exista una contradicción jurisprudencial respecto al concepto de *ripa*.

En esta línea SCHERILLO⁽³²⁾ observa que ULPIANO cuando establece como criterio general el nivel natural del agua, no pensaba en una crecida normal y permanente del río, sino más bien en una inundación, como, a mi juicio, aclara el jurista en el propio texto⁽³³⁾, mientras que PAULO es obvio que no pensaba en una inundación, sino en una crecida normal y periódica⁽³⁴⁾. Asimismo ALBURQUERQUE⁽³⁵⁾, tras reconocer que la discrepancia es manifiesta, pero que podría ser menos relevante si se comparte la postura de SCHERILLO, admite, sin embargo, que la mencionada contradicción no sería tan evidente cuando los compiladores incluyeron los textos en el mismo título⁽³⁶⁾; y, por tanto, cabría decir que más bien era PAULO el que pensaba en una crecida normal, aunque utilizara la frase *quae plenissimum flumen continent*, y no en una situación extraordinaria de la circunstancias fluviales.

La orilla, tal y como la define ULPIANO, plantea un doble problema, por un lado, que al coincidir, en general, con el límite del cauce propiamente dicho⁽³⁷⁾, esto es, con lo que hoy, en sentido técnico, se denomina ribera del río⁽³⁸⁾, hace casi imperceptibles sus verdaderos límites, y por otro, consecuencia de lo anterior, la dificultad que puede suponer la utilización real de la orilla así definida, pues lo más habitual es que el terreno que contiene el curso del río esté siempre cubierto por el agua. PAULO, por el contrario, al considerar que la orilla comprende todo el tramo o franja de suelo que ocupa la inclinación del terreno que desciende hasta el agua, reconoce una mayor extensión de la misma, al margen que la máxima crecida del río pueda aumentar o diminuir dicho terreno⁽³⁹⁾.

⁽³²⁾ *Lezioni di Diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, p. 114.

⁽³³⁾ D. 43, 12, 1, 5 *Ulp. 68 ad ed.:... ceterum si quando vel imbribus vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat: nemo denique dixit nilum, qui incremento suo aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit. ripae alvei eius munienda sunt.*

⁽³⁴⁾ En este sentido, como ya he apuntado, el actual Texto refundido de la Ley de Aguas (art. 4 = art. 4 del Reglamento de Dominio Público Hídrico), define el “cauce” en los siguientes términos: “Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias”.

⁽³⁵⁾ *Las orillas de los ríos*, cit., p. 166.

⁽³⁶⁾ D. 43. 12. *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur.*

⁽³⁷⁾ *Vid. n. 34.*

⁽³⁸⁾ *Vid. definición de ribera en n. 27.*

⁽³⁹⁾ Cfr. ALBURQUERQUE, *ibidem*, p. 166.

Así pues, a tenor de lo expuesto cabe afirmar que los textos examinados permiten fijar los límites del espacio o terreno que ocuparían las orillas de los ríos públicos. Para la doctrina ULPIANO se referiría a su límite interno y PAULO al externo, de modo que entre ambos límites definidos podría concebirse la existencia de una franja de terreno que es lo que constituiría la *ripa* en sentido técnico⁽⁴⁰⁾. A mi entender, sin embargo, cabe matizar con ALBURQUERQUE que para determinar esta posible franja o zona de terreno, no resulta necesario acudir a la conjugación de las dos respuestas jurisprudenciales, como hace la doctrina, ya que se infiere, en particular, de la formulación pauliana, más próxima, a todas luces, a la realidad⁽⁴¹⁾. La definición de PAULO constataría *per se* que las orillas del río público son aquella parte del terreno inclinado que desciende hasta el nivel del agua y que contienen al río mismo en su curso normal u ordinario, y, por tanto, que las mismas comprenden aquella franja o tramo de los predios ribereños que ocupa, precisamente, la parte del terreno indicado.

2.2. El *usus publicus riparum*⁽⁴²⁾

Tras intentar precisar, a la luz de las líneas jurisprudenciales analizadas, el marco geológico o espacio que ocupan las orillas de los ríos públicos, estoy ya en condiciones de examinar su régimen jurídico que, en última instancia, como vamos a ver, se traduce en el *usus publicus riparum*, del que hablan los textos, como limitación legal de la propiedad de los predios ribereños.

Los juristas romanos admitieron sin discusión la libertad para navegar y pescar en los grandes ríos públicos. Esta libertad implicaba, por tanto, el reconocimiento del uso público del río y también de sus orillas, elemento accesorio del cauce fluvial, con el fin de garantizar que actividades económicas tan importantes, como la navegación fluvial — fundamental vía de transporte de personas y mercancías — y la pesca, pudieran llevarse a cabo sin obstáculos que, en teoría, podría poner el particular dueño del fundo ribereño, en base a su *dominium*⁽⁴³⁾. Este uso general de los ríos, como también de sus orillas, se defen-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. entre otros, GROSSO, G., *Corso di Diritto romano. Le cose*, Torino, 1941, p. 141; y SCHERILLO, G., *Lezioni di Diritto romano. Le cose*, cit., p. 114.

⁽⁴¹⁾ ALBURQUERQUE, *id.* n. 39.

⁽⁴²⁾ En este epígrafe utilizamos el término *ripa* en sentido técnico, es decir, como la franja o tramo de terreno adyacente al río.

⁽⁴³⁾ SCPAPINI, *I limiti legali della proprietà*, cit., p. 55. Sobre la protección romana de la libre navegación fluvial, *Vid.* COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919; BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, cid., pp. 72-89; ASTUTI, v. "Acque", cit., pp. 346-387; BURDESE, v. "Flumen", cit., pp. 414-416; ROBINSON, O., *Ancient Rome. City planning and administration*, London-New York, 1992.

dió a través de la *actio iniuriam*⁽⁴⁴⁾ y de los llamados interdictos de *fluminibus* (D. 43, 12-15)⁽⁴⁵⁾, con la finalidad última de proteger, en particular, la pesca y la navegación. Además de estos mecanismos jurídicos, como destaca TOMÁS, al inicio del Imperio se creó una curatela especial (*curatores aquarum et riparum*), cuya función era la de vigilar las orillas, tomar precauciones en las inundaciones que con frecuencia anegaban las *ripae*, limpiar y garantizar el uso público del río y las orillas, y en suma, mantener expeditas las vías fluviales⁽⁴⁶⁾.

Es incuestionable, como se desprende de las fuentes, que la propiedad de las orillas, aunque pertenece a los dueños de los fundos ribereños, encuentra una limitación en el uso público necesario para satisfacer, sobre todo, las necesidades de la navegación y la pesca. Los textos, por tanto, permiten calificar el *usus publicus riparum* como una limitación de Derecho público o, lo que es lo mismo, una restricción impuesta por ley, por razón de interés público, al dominio de los particulares sobre fundos ribereños, esto es, los que se integran en la orilla y que, por ello, quedan sujetos a dicho uso común⁽⁴⁷⁾. En definitiva, esta limitación del derecho de propiedad de los fundos ribereños supone, en último término, que sus dueños están obligados a soportar, tolerar, *ex lege*, todo lo que sea necesario para el uso común del río y sus orillas y, en consecuencia, no podrán realizar acto alguno que impida dicho uso.

Tras este breve *excursus* paso ya a examinar los fragmentos que reconocen, de forma expresa, tanto la propiedad privada de las orillas, como el *usus publicus* de las mismas⁽⁴⁸⁾.

D. 41, 1, 30, 1 *Pomp. 34 ad Sab.*: *Celsus filius, si in ripa fluminis, quae secundum agrum meum sit, arbor nata sit, meam esse ait, quia solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur. Et ideo cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur.*

⁽⁴⁴⁾ Vid. textos citados por TOMÁS, *La servidumbre en interés general de la navegación*, cit., p. 1.325, n. 8.

⁽⁴⁵⁾ Al respecto. Vid. ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., pp. 166 ss y bibliografía citada; LAZO, *El régimen jurídico de las aguas*, cit., pp. 65 ss; TOMÁS, *id. n. anterior*, fuentes y bibliografía citada en pp. 1.325-1.326, ns. 9-12.

⁽⁴⁶⁾ TOMÁS, *ibidem*, p. 1.326. Sobre la *cura Tiberis*, Vid. HOMO, L., *Rome impériale et l'urbanisme dans l'Antiquité*, Paris, 1951-1971, pp. 244-245; LE GALL, J., *Le Tibre. Fleuve de Rome dans l'Antiquité*, Paris, 1953; y ROBINSON, *Ancient Rome. City planning*, cit., p. 3 y 26, pp. 83-94.

⁽⁴⁷⁾ En este sentido, cfr. SCAPINI, *I limiti legali della proprietà*, cit., p. 55; TOMÁS, *La servidumbre en interés general de la navegación*, cit., p. 1325. Vid. ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., pp. 169 ss, quien prefiere hablar de una "publicidad limitada o parcial de las orillas".

⁽⁴⁸⁾ Respecto a los textos de los que se puede deducir el uso público de las orillas, D. 43, 12, 4 *Scaev. 5 respons.*; D. 41, 1, 15 *Nerat. 4 regul.*, o que reconocen, de forma indirecta, la propiedad de las orillas. D. 43, 12, 1, 6 *Ulp. 68 ad ed.*, Vid. ALBURQUERQUE, *op. cit.*, pp. 168-169.

En este pasaje se puede leer que para el jurista CELSO, el hijo, si en la orilla del río, que está junto a mi campo, hubiera nacido un árbol, es mío, porque el mismo terreno también los es, aunque se entiende que su uso es público y, por eso, cuando se hubiera secado el cauce se hace de los que están próximos, porque el *populus* ya no lo usa.

La opinión de CELSO hijo, de la que se hace eco POMPONIO, no deja lugar a dudas sobre el régimen jurídico de las orillas: su propiedad, así como la de los árboles que nacen en ellas, pertenece a los dueños de los predios que forman parte de las mismas, pero su uso es público, común.

En la misma línea se manifiesta GAYO en D. 1, 8, 5 pr. 2 *rer. cottid. sive aur.*:

Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis. Itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mare reducere, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt.

El jurista, tras señalar que el uso de las orillas es público por Derecho de gentes, al igual que el del mismo río, nos da noticia de algunas de las actividades que cualquiera puede realizar en las orillas, así, acercar a ellas sus embarcaciones, atar cuerdas a los árboles allí nacidos, poner a secar las redes y sacarlas del agua — “del mar” — ⁽⁴⁹⁾, acomodar mercancías (cargar y descargarlas), y navegar por el río mismo. Sin embargo, como a continuación reconoce GAYO, la propiedad de las orillas y, por tanto, la de los árboles nacidos en ellas, es de aquéllos con cuyos predios colindan.

Así pues, el presente texto no sólo confirma lo establecido en el anterior, D. 41, 1, 30, 1, es decir, el uso público de las orillas, aunque su propiedad y la de los árboles nacidos en ellas corresponda a los dueños de los fundos ribereños, sino que además nos enseña que la razón por la que el uso de las orillas es público se encuentra en el *ius gentium*, como el del río mismo, y también que

⁽⁴⁹⁾ Sobre la frase *retia siccare et ex mare reducere* comprendida en el texto. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*; Torino, 1999, p. 105, n. 318. postula que es muy probable que se trate de una inserción errónea, ya que al compararlo con el fragmento correspondiente de las Instituciones, advierte que dicha frase aparece también en I. 2. 1. 5 y que se refiere, claro está, al uso del lido del mar. No obstante, como puede corroborarse, el *usus publicus* por Derecho de gentes se aplica tanto a las costas del mar como a las orillas de los ríos. En I. 2. 1. 5 se reconoce el uso público del mar y sus costas. Al margen de esta cuestión, coincido con ALBUQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., p. 168, n. 10., que parece adecuado ampliar, por analogía, el elenco de actividades que pueden realizar los usuarios de unas y otras, como por ejemplo, poner las redes a secar, echarlas o sacarlas del aguas, en definitiva, como observa el citado autor, podríamos hablar de todas las actividades propias de la pesca y navegación.

el *usus publicus riparum* comprendería, en definitiva, todas aquellas actividades que son necesarias para el uso común del río y que, por tanto, cualquiera puede realizar, ya que en virtud del referido uso los dueños de la orilla deben tolerarlas. Es cierto, como se infiere del elenco de actividades descritas por GAYO, que éstas, en general, son propias de la navegación y la pesca, pues, como hemos visto, con el uso común de las orillas lo que se quiere garantizar es el interés prevalente de la colectividad para satisfacer con total libertad, sobre todo, las mentadas necesidades por su importancia económica (navegación y pesca). Lo dicho, sin embargo, no significa que el uso público de las márgenes del río se reduzca a este único fin⁽⁵⁰⁾ y, en este sentido, cabe mencionar, a modo de ejemplo de otros posibles usos, el testimonio ofrecido en D. 43, 14, 1, 9 *Ulp.* 68 *ad ed.*, del que se desprende que los propietarios de los predios ribereños de un río público deben dejar libre el uso de la orilla para que el pastor acceda a ella para abrevar el ganado⁽⁵¹⁾.

Asimismo las Instituciones de Justiniano no modifican, lo más mínimo, el régimen de las orillas descrito por los juristas clásicos, como pone de manifiesto I. 2, 1, 4, que reproduce, *quasi* literalmente, el fragmento examinado de GAYO⁽⁵²⁾.

Riparum quoque usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.

Aunque los interdictos que protegen el uso y aprovechamiento de los ríos públicos⁽⁵³⁾, así como los que tutelan sus orillas⁽⁵⁴⁾, no constituyen el objeto de este estudio⁽⁵⁵⁾, sin embargo, considero oportuno destacar que ULPIANO, quien nos da noticia en sus textos de dicha protección interdictal, cita algunos actos o actividades que no pueden realizarse en el río público o en sus orillas para

⁽⁵⁰⁾ En esta línea, *vid.* ALBURQUERQUE, *ibidem*, pp. 171 ss., donde analizar la protección interdictal de las orillas de los ríos públicos.

⁽⁵¹⁾ D. 43, 14, 1, 9: *Idem ait tale interdictum competere, ne cui vis fiat, quo minus pecus ad flumen publicum ripamve fluminis publici appellatur.*

⁽⁵²⁾ No obstante, a diferencia de D. 1, 8, 5 pr., no contiene la frase *retia siccare et ex mare reducere*. Sobre esta locución, *vid.* n. 49.

⁽⁵³⁾ LAZO, *El régimen jurídico de las aguas*, cit., pp. 65 ss, señala que las nociones de uso y aprovechamiento se pueden remitir, la primera, a la utilización de las aguas sin merma de su existencia, y la segunda, a la de su consumo o alteración.

⁽⁵⁴⁾ *Vid.* D. 43, 12, 1 pr. *Ulp.* 68 *ad ed.* (río público o en su orilla); D. 43, 13, 1 pr. *Ulp.* 68 *ad ed.* (río público o en su orilla); D. 43, 14, 1 pr. *Ulp.* 68 *ad ed.*; y el más concreto, sobre la reparación de la orilla, D. 43, 15, 1 pr. *Ulp.* 68 *ad ed.*

⁽⁵⁵⁾ Sobre la citada protección interdictal, *vid.* bibliografía citada *supra*, en n. 45.

evitar, en la mayoría de los casos, que se empeore la navegación⁽⁵⁶⁾. A estos efectos basta señalar aquí que el pretor prohíbe hacer o poner algo en el río público o en sus orillas que obstaculice el estacionamiento y tránsito de las embarcaciones (D. 43, 12, 1 pr.), o que impida fluir al agua con su intensidad normal (D. 43, 13, 1 pr.); también prohíbe el uso de la violencia que impida navegar por el río público; cargar o descargar la barca en la orilla (D. 43, 14, 1 pr.), o hacer una obra en el río o en su orilla para proteger a ésta o a un campo que está cerca de ella (D. 43, 15, 1 pr.). En definitiva, cabría preguntarse con ALBURQUERQUE sobre la conveniencia o no de haber introducido ULPIANO, en el detallado fragmento contenido en D. 43, 12, 1, 15 68 *ad. ed.*⁽⁵⁷⁾, otros impedimentos que puedan restar eficacia al fin perseguido en el interdicto, estos es, salvaguardar el estacionamiento y el tránsito de las embarcaciones; como por ejemplo, apunta FISCHER, plantar árboles en la orilla, la construcción en ella de edificios que dificulten el acceso a los embarcaderos..., que, sin embargo, no son mencionados expresamente por el jurista en este texto, pero que, a juicio del citado romanista español, se puede deducir de los fragmentos comprendidos en D. 43, 12, 1, especialmente, del tenor literal del interdicto pretorio (*De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur*)⁽⁵⁸⁾.

III. EL ART. 553.1 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN MATERIA DE USO DE RIBERAS Y MÁRGENES DE LOS RÍOS

La Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866⁽⁵⁹⁾ se refería a la dificultad de establecer una regla general sobre el dominio de las riberas, porque la Ley 6.^a, título 28, de la Partida 3.^a, siguiendo la tradición del Derecho romano, las declaró de “aquellos cuyas son las heredades contiguas”, aunque sujetas a

⁽⁵⁶⁾ ALBURQUERQUE, *Las orillas de los ríos*, cit., p. 171. A su juicio, el simple reconocimiento de la pública utilidad no debería justificar, por tanto, en determinados supuestos, la ausencia de una mayor precisión respecto a otros posibles usos. Sobre dicha cuestión, *vid. op. cit.*, pp. 171 ss.

⁽⁵⁷⁾ *Deterior statio itemque iter navigio fieri videtur, si usus eius corrumpatur vel diffici- lior fiat aut minor vel rarior aut si in totum auferatur. Proinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis, vel si dilatetur, aut diffusa brevem aquam faciat, vel contra sic co- angustetur, et rapidius flumen faciat, vel si quid aliud fiat quod navigationem incommodet diffici- lioremve faciat vel prorsus impedit, interdicto locus erit.*

⁽⁵⁸⁾ ALBURQUERQUE, *ibidem*, p. 173.

⁽⁵⁹⁾ Sobre los antecedentes de ésta, *Vid. PÉREZ PÉREZ. Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*; Madrid, 1993, pp. 36 ss.

ciertas servidumbres públicas⁽⁶⁰⁾. Allí donde los ribereños, en uso del derecho que les concede la Ley de Partidas, hayan poseído como dueños las riberas, continuarían disfrutándolas, sin perjuicio que la Administración pudiera expropiarlas por causa de utilidad pública. Pero donde, renunciando a aquel derecho, las hubieran abandonado o jamás las hubieran poseído, siendo consideradas como públicas, conservaba este carácter el dominio de las riberas que, no obstante, estaba limitado por las servidumbres correspondientes al uso público de las mismas⁽⁶¹⁾.

El art. 73 de la referida Ley de Aguas de 1866, al igual que la posterior, de 13 de junio de 1879, en su art. 36, dispusieron que: “Las riberas, aun cuando sean de dominio privado en virtud de una ley antigua o costumbre, están sujetas en toda su extensión, y las márgenes, en una zona de 3 metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la pesca y el salvamento. Sin embargo, cuando los accidentes del terreno u otras legítimas causas lo exigen, se ensanchará o estrechará la zona de esta servidumbre, conciliando en lo posible todos los intereses”⁽⁶²⁾. Por lo tanto, se establece un derecho de servidumbre que permite garantizar el uso público del espacio necesario para desarrollar las tradicionales actividades relacionadas con la navegación, la pesca y el salvamento. La mencionada norma, aunque parte de la premisa que la ribera pertenece al dominio público, contempla, no obstante, la posibilidad que puedan existir riberas privadas “en virtud de antigua ley o costumbre”.

Esta servidumbre de uso público es la que incorpora en 1889 el Código Civil español (en adelante, CC), entre las servidumbres legales de aguas⁽⁶³⁾, en

⁽⁶⁰⁾ Según se declara en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1886, esto se debió a que se estimó más prudente dejar esta cuestión para su aclaración en el Código Civil, algo que no ocurrió.

⁽⁶¹⁾ PÉREZ PÉREZ, E., *Las servidumbres en materia de aguas*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Cuadernos 11, Murcia, 2002, p. 18. La servidumbre de camino de sirga y demás inherentes a los predios ribereños aparecían reguladas en los arts. 152 a 165 de la Ley de Aguas de 1866, mientras en la Ley de Aguas de 1879, el art. 36 regulaba la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento; y los arts. 112 a 125 la servidumbre de camino de sirga y demás inherentes a los predios ribereños.

⁽⁶²⁾ *Vid.* disposiciones de desarrollo: Real Orden de 5 de septiembre de 1881 y la de 28 de junio de 1921.

⁽⁶³⁾ En la literatura civil en relación a los precedentes históricos de las servidumbres legales se afirma siempre que fue obra de quienes prepararon la sistematización del Code francés. Efectivamente, como apunta GONZALEZ PORRAS, *Biondi, Las servidumbres*, cit., p. 1.330, si no con la expresión exacta de servidumbres legales, por los menos con la denominación de servidumbres naturales (como algo contrapuesto a las voluntarias) sí que aparece en las obras de DOMAT y POTIER. La distinción francesa pasaría a nuestro Proyecto de 1851, que en su art. 482 dice que “las servidumbres provienen de la ley o de la voluntad de los propietarios”. Comenta GARCÍA GOYENA (a propósito del art. 476 del Proyecto) que “habiéndose dado lugar en este título, con el

el libro II, capítulo II del título VII, en concreto, en su art. 553, que transcribe el art. 36 de la Ley de Aguas de 1879 y, en consecuencia, quedó sin aclarar la existencia de riberas privadas “según antigua ley o costumbre”, que la jurisprudencia ha confirmado posteriormente⁽⁶⁴⁾.

El art. 553.1 del CC dispone que “Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la pesca y el salvamento”.

Al margen de otras inexactitudes en que incurre nuestro CC en materia de servidumbres, considero oportuno destacar aquí que el propio Código fomenta una mayor confusión cuando explica el significado de las servidumbres legales, ya que el art. 549 amplía de forma exagerada y, en suma, incorrectamente, el concepto de aquéllas, al decir que “las servidumbres impuestas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares”, en cuya redacción caben, en ambas alternativas a que se refiere, verdaderas servidumbres, pero también limitaciones de la propiedad que configuran su contenido normal y que no entran, por tanto, en el concepto de servidumbre⁽⁶⁵⁾. En esta línea la doctrina moderna española, como destaca GONZÁLEZ PORRAS, ha puesto de manifiesto, de forma unánime, el equívoco del CC al enumerar bajo el título de “servidumbres legales” una serie de supuestos que no lo son⁽⁶⁶⁾ y que, por ello, en palabras de ALBADAJO⁽⁶⁷⁾, se trata de una clasificación desacertada, ya que “gran parte de las que llama servidumbres legales son simplemente límites del dominio”.

A tenor de lo expuesto cabe observar que el texto civil, en su art. 553.1, utiliza con “muy poca fortuna” el término servidumbre, pues lo que califica de “servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la pesca y el salvamento” es, en rigor, como se desprende ya de los textos romanos, una limitación legal del dominio de los predios ribereños por causa de interés público. Es cierto que nuestro CC junto a las servidumbres prediales, establecidas sobre un inmueble en beneficio de otro (art. 530.1), contempla las denominadas ser-

nombre de servidumbres legales, a ciertos gravámenes que el Derecho romano y el Patrio no comprendieron bajo aquel nombre, y los trataron separadamente. podrá suceder en algún caso que el gravamen o servidumbre no tenga por objeto precisa y exactamente la utilidad de una finca determinada, sino la de muchas en general o el ornato y servicio público”.

⁽⁶⁴⁾ En este sentido, *Vid. Dictamen del Consejo de Estado*, de 11 de julio de 1968 (Exp. 35.948) y la STS de 17 de febrero de 1979, aunque con carácter muy excepcional.

⁽⁶⁵⁾ *Vid. bibliografía sobre el tema citada por NOGUERA. Las servidumbres de la ley de Costas de 1988*. ed. Marcial Pons. Madrid, 1995. p. 94, n. 284.

⁽⁶⁶⁾ GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, p. 1.330.

⁽⁶⁷⁾ *Derecho civil. III. Derecho de bienes*, vol. 1, 2.^a ed., Barcelona. 1976. p. 370.

vidumbres personales, esto es, las que se constituyen sobre una finca en favor de una o más personas, o de una comunidad, a quienes aquélla no pertenezca (art. 531) ⁽⁶⁸⁾. Pero también lo es que la sujeción al uso público de las riberas y márgenes del río, de la que nos hablan las fuentes romanas y a la que se refiere el art. 553.1, calificándola éste de servidumbre, no encaja en la categoría de las servidumbres prediales, ni en Roma ni hoy, pues falta su primer presupuesto, la sujeción de un fundo respecto a otro en utilidad de éste, y tampoco en la de las hoy llamadas servidumbres personales, ya que su contenido, el uso público en interés general de la navegación, la pesca y el salvamento, excede, con creces, del ámbito de las mismas.

En definitiva, el CC, al igual que el actual Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 (en adelante, TRLA) y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 (en adelante, RDPh) ⁽⁶⁹⁾, hacen un uso indiferenciado, en materia de aguas, de los términos “servidumbres”, “limitaciones” que carece, como es obvio, del rigor técnico deseable, cuestión sobre la que ha insistido no sólo la doctrina civilista ⁽⁷⁰⁾, sino también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 29 de noviembre de 1988 ⁽⁷¹⁾.

El TRLA, a diferencia del CC, define lo que debe entenderse por riberas y márgenes del río. En este sentido su art. 6.1 (= art. 35 Ley de Aguas de 1879, art. 6 Ley de Aguas de 1985 y art. 6 RDPh) establece que las riberas son “las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas”, y las márgenes, “los terrenos que lindan con los cauces”. Puestos en relación los arts. 4 y 6 del TRLA ⁽⁷²⁾ (= arts. 4 y 6 RDPh) se infiere que

⁽⁶⁸⁾ Sobre las dificultades que plantea esta categoría, desconocida, prácticamente, en los demás Códigos (como por ejemplo, en el Code francés y en el CC italiano), *Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales, vol. II. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 121.

⁽⁶⁹⁾ Recientemente modificado por RD 1290/2012, de 7 de septiembre.

⁽⁷⁰⁾ DEL ARCO TORRES, M. A., y PONS GONZÁLEZ, M., *Régimen jurídico de las servidumbres*, ed. Comares. Granada, 1989, pp. 108-109, afirman, en relación a las servidumbres legales, que “el legislador utiliza tal expresión en un sentido muy amplio, que comprende situaciones que no son propiamente servidumbres sino limitaciones de dominio..., no señalando con claridad suficiente, cuándo se trata de auténticas limitaciones de dominio, cuándo de la regulación de relaciones impuestas por la vecindad de los fundos y cuándo de derechos reales de servidumbres propiamente dichos. En el mismo sentido, *vid. bibliografía citada por NOGUERA. Las servidumbres de la ley de Costas*, cit., p. 94, n. 284.

⁽⁷¹⁾ En ella se afirma que los preceptos que regulan las servidumbres no se refieren a situaciones que recaen sobre el dominio público hidráulico, sino sobre los predios “sirvientes”, normalmente ribereños o próximos a los cauces o lechos de las aguas continentales, respecto de los que se imponen determinadas limitaciones de las facultades del propietario.

⁽⁷²⁾ Art. 4 TRLA: “Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias”.

mientras las riberas forman parte del árveo o cauce del río y en este sentido son parte del dominio público, salvo que, como ya se ha señalado, en virtud de “antigua ley o costumbre” subsistan excepcionalmente como riberas privadas⁽⁷³⁾, las márgenes u orillas, *strictu senso*, son las franjas que lindan con las riberas del río.

Por ello, de conformidad con el TRLA son las márgenes las que están sujetas a la calificada “zona de servidumbre de uso público” (art. 6. 1), pese a que el CC afirme que son las riberas de los ríos las que son objeto de dicha limitación en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros (art. 553. 1)⁽⁷⁴⁾.

Dicho esto cabe destacar con la doctrina administrativista que aunque se mantiene la calificación de “servidumbre” (art. 6 TRLA y arts. 6 y 7 RDPH) para aludir a la “zona de uso público”, sin embargo, no se regula ya entre las servidumbres, sino que se configura como auténticas limitaciones del dominio en defensa del interés común⁽⁷⁵⁾, en definitiva, diría yo, como lo que siempre fueron, utilizando terminología moderna, en Derecho romano.

Hoy las márgenes de los ríos están sujetas en toda su extensión longitudinal a una serie de limitaciones administrativas que se plasman, por vía normativa, en la denominada “zona de servidumbre de uso público de cinco metros de anchura” (art. 6.1a TRLA que modifica el art. 553. 1 CC), cuyos fines, como concreta el RDPH, son los siguientes: “a) paso para el servicio del personal de vigilancia del cauce; b) paso para el ejercicio de actividades de pesca fluvial; c) paso para el salvamento de personas o bienes; d) varado y amarre de embarcaciones de forma ocasional y en caso de necesidad” (art. 7. 1). El citado Reglamento precisa también qué pueden y no pueden hacer los propietarios de esta zona, estableciendo al respecto que podrán, libremente, sembrar y plantar en ella especies no arbóreas, siempre que no impidan el paso señalado, pero que no podrán, sin embargo, edificar sobre las mismas sin obtener la autorización

⁽⁷³⁾ El art. 6 TRLA no reconoce la existencia de riberas de propiedad privada, a diferencia de la Ley de Aguas de 1879 que, en su art. 36, se refería a que fueran de tal naturaleza en virtud de una antigua ley o costumbre. Dado que las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985 no aludieron explícitamente a este caso, habrá que entender que se mantiene el dominio privado de estas riberas, aunque, como apunta PÉREZ PÉREZ, *Las servidumbres en materia de agua*, cit., p. 20, se tratará de una propiedad cuya facultad de aprovechamiento estará sujeta a las mismas limitaciones legales establecidas para las márgenes.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. PÉREZ PÉREZ, *ibidem*, cit., pp. 19-20.

⁽⁷⁵⁾ NOGUERA, v. *Servidumbres de aguas, Diccionario de Derecho de aguas*, Antonio Embid Irujo (Director), ed. Iustel, 2007, pp. 902-911, p. 910. En este sentido, *Vid. STS (S. 3.^a) de 6 de julio de 1989. Sobre el concepto de servidumbre administrativa y la distinción entre servidumbre y limitaciones, vid. id. Las servidumbres de la ley de Costas*, cit., pp. 92-99 y pp. 103-105.

pertinente, que se otorgará en casos muy justificados; añadiendo que las plantaciones de especies arbóreas requerirán autorización del Organismos de cuenca (art. 7. 2). Asimismo se admite que por razones topográficas, hidrográficas o si lo exigieran las características de la concesión de un aprovechamiento hidráulico, podrá modificarse esta zona de servidumbre, previa la tramitación de expediente en el que se acredite la concurrencia de causas justificadas de exigencia del uso público (art. 8 RDPH).

La legislación de Aguas establece también, a lo largo de los cauces por los que éstas discurren, una “zona de policía de 100 metros de anchura”⁽⁷⁶⁾, con el fin de proteger el dominio público hidráulico y el régimen de las corrientes. En esta zona se condiciona el uso del suelo y las actividades que en ella se realicen (art. 6. 1b TRLA) a lo dispuesto en el RDPH⁽⁷⁷⁾, declarándose en éste que cualquier obra o trabajo precisará autorización administrativa previa del Organismo de cuenca⁽⁷⁸⁾, sin perjuicio de los supuestos especiales regulados en el mismo (art. 9. 3 RDPH)⁽⁷⁹⁾.

En la actualidad estas limitaciones, en particular, la zona de policía de cien metros, se ha convertido en uno de los instrumentos jurídicos administrativos para la protección del medioambiente⁽⁸⁰⁾, nuevo fin que se añade a los tradicionales de salvaguarda de la pesca, salvamento y navegación fluvial⁽⁸¹⁾.

Llegados a este punto el examen realizado de las fuentes romanas y de la actual legislación española en materia de aguas permite concluir, de conformidad con el objeto de este estudio, que las hoy llamadas “zona de servidumbre de uso público” y “zona de policía”, a que quedan sujetas las márgenes de los ríos, son auténticas limitaciones administrativas, esto es, de Derecho público, de la propiedad privada de las mismas y, por ende, que la vigente regulación del uso de riberas y márgenes de los ríos constituye, en líneas generales y con las reser-

⁽⁷⁶⁾ Zona de policía que como dispone el art. 96 TRLA también se aplica a las márgenes de los lagos, lagunas y embalses.

⁽⁷⁷⁾ El art. 9. 1 concreta estas actividades. así: a) Las alteraciones sustanciales del relieve natural del terreno; b) Las extracciones de árido; c) Las construcciones de todo tipo, tengan carácter definitivo o provisional; d) Cualquier otro uso o actividad que suponga un obstáculo para la corriente en régimen de avenidas o que puedan ser causa de degradación o deterioro del dominio público hidráulico.

⁽⁷⁸⁾ Respecto a la realización de cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, *vid. arts. 78. 1 y 173. 7 y 8 del RDPH*, modificados por el RD 1290/2012, de 7 de septiembre.

⁽⁷⁹⁾ Sobre la modificación de los límites de la zona de policía, *vid. art. 9. 2 RDPH*. Asimismo sobre la protección de las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación. *Vid. NOGUERA, v. Servidumbres de aguas*, cit., pp. 910-911.

⁽⁸⁰⁾ SANCHÉZ MORÓN. “Aspectos ambientales del Derecho de aguas”. *Curso de Verano de la Universidad Autónoma de Madrid y el Foro de Aguas*, julio 1996.

⁽⁸¹⁾ TOMÁS. *La servidumbre en interés general de la navegación*, cit., p. 1.343

vas oportunas, tal y como apuntaba en la introducción del trabajo, la plasmación de una esencia romana coherente para las nuevas regulaciones.

En último término el presente estudio constataría, una vez más, la importancia del Derecho romano como instrumento para la “interpretación” y “crítica” del Derecho positivo actual, pues sólo desde su óptica se puede llegar a comprenderlo, cumpliendo con un estadio previo a la interpretación, que posibilite, como en estas páginas, su crítica⁽⁸²⁾.

⁽⁸²⁾ TORRENT, A., *El Derecho Romano como instrumento de la crítica del Derecho Positivo*, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pp. 753-764.