



Roj: **STS 3777/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3777**

Id Cendoj: **28079130052018100433**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/10/2018**

Nº de Recurso: **1388/2017**

Nº de Resolución: **1553/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ MU 2740/2016,**
ATS 5762/2017,
STS 3777/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.553/2018

Fecha de sentencia: 26/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1388/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MURCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1388/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1553/2018

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1388/2017 interpuesto por la COMUNIDAD DE REGANTES DE DIRECCION000 , representada por el procurador D. David García Riquelme y defendida por el letrado D. Carlos Morales Ruiz, contra la sentencia número 1017/2016, de 27 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 243/2014, sobre inscripción en el Registro de Aguas de los aprovechamientos de aguas. Ha comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Segunda) dictó sentencia desestimatoria en el recurso registrado con el número 243/2014, interpuesto por la representación de la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 , contra la resolución de 26 de mayo de 2014 dictada por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura sobre inscripción en el Registro de Aguas de los aprovechamientos de aguas que embalsan los pantanos de Puentes y Valdeinfierno, por lluvias o por sus afluentes río Luchena, Vélez y Turrilla, aprovechamiento "Manantial Ojos de Luchena, del "manantial Fuente del Oro", aprovechamiento de "Manantial La Paca", aguas del Trasvase Tajo Segura, aguas residuales de Lorca, aprovechamiento de aguas de riadas, aprovechamiento de aguas del río Vélez, afluente del Pantano de Puentes, aguas de la cuenca (Decreto 25 abril 1953) y aprovechamiento de aguas del "Manantial de Tirieza".

SEGUNDO. El recurso de casación promovido por la parte.-

Por el procurador D. Salvador Díaz González de Heredia en representación de la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 , con fecha 14 de febrero de 2016 (sic), se presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia de la Sala de instancia, en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas la DT 1ª.1 Ley de Aguas de 1985 y los artículos 24.1 CE, 33.1 y 67.1 LJCA, 209.3 y 218 LEC, argumentando, en síntesis, que la Sala de instancia ha dejado imprejuizadas tres de las pretensiones planteadas por la recurrente, y la infracción cometida, a juicio de la actora, de la DT 1ª.1 que ha sido aplicada incorrectamente por la sentencia recurrida, ya que la norma se limita a anudar a una situación jurídica (titularidad de un derecho de aprovechamiento de aguas públicas) una consecuencia jurídica (mantenimiento del derecho), y la DT.1ª.1 de acuerdo con la STC 227/1988 no admite limitación en el contenido del derecho salvo el temporal. Si la Sala de instancia hubiera aplicado correctamente dicha DT habría anulado la resolución impugnada, ya que el derecho era preexistente a la Ley de Aguas 1985, y constaba acreditado, por lo que la Confederación debería haberlo inscrito tal y como aparece definido en las Ordenanzas que aprobó.

Tras justificar el recurrente sobre el juicio de relevancia, argumentó esta parte que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme al artículo 88.3.a) de la Ley Jurisdiccional, pues en la resolución impugnada se ha aplicado una norma que sustenta la razón de decidir sobre la que no existe jurisprudencia. También fundamenta el interés casacional del recurso en los supuestos c) y e) del artículo 88.2 LJCA, por afectar a un gran número de situaciones y condiciona directamente la sentencia recurrida, por el desarrollo de los 7.840 partícipes del regadío tradicional, y porque la sentencia aplica e interpreta con aparente error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

TERCERO. Admisión del recurso.-

Mediante auto de 27 de febrero de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a esta Sala de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 26 de mayo de 2017, acordando:



1º) Admitir el recurso de casación nº 1388/2017 preparado por el procurador D. Salvador Díaz González de Heredia (sustituido ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo por D. David García Riquelme), en representación de la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 contra la sentencia de 27 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sección Segunda), en el recurso registrado con el número 243/2014.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y la norma jurídica que será objeto de interpretación en sentencia es la indicada en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

3º) Para la sustanciación del recurso, comuníquese esta resolución a la Sala de instancia y remítanse las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 90.6 y 92.1 de nuestra Ley jurisdiccional.

4º) Publíquese este auto en página web del tribunal Supremo.

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico de estimación del recurso en los términos interesados.

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición al Sr. Abogado del Estado, se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación íntegra, con expresa imposición de costas a la recurrente.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 16 de octubre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y presupuestos de la pretensión.-

El objeto del presente recurso, conforme ya se ha expuesto al referirnos al Auto de admisión, viene constituido en << *determinar, si un derecho de aprovechamiento acreditado antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas 1985 y cuyo caudal no está cuantificado, puede inscribirse ahora en el Registro de Aguas en aplicación de la DT. 1ª.1 y de la DT. 4ª.3 º; cuáles son los requisitos que debe reunir la solicitud de inscripción de un derecho de aprovechamiento sobre aguas públicas y, en particular, si un derecho de aprovechamiento, de los previstos en la DT.ª.1 de la Ley de Aguas 1985, precisa en un caso como éste determinar su caudal para ser inscrito en el Registro de Aguas; si la DT.1ª.1 debe ser aplicada por la Administración hidrológica literalmente, esto es, reconociendo e inscribiendo el derecho preexistente en los términos acreditados en el título aportado o si puede el organismo de cuenca modificar el contenido del derecho; si el criterio de cálculo del caudal reconocido en la inscripción de un derecho de aprovechamiento sobre aguas públicas debe ser realmente utilizado a 1 de enero de 1986 o el caudal necesario para el objeto del aprovechamiento.*>>

A la vista de esa amplia delimitación de la cuestión que delimita el interés casacional, se añade en el mencionado auto de admisión que la norma jurídica que debe ser objeto de interpretación es la ya tantas veces citada Disposición Transitoria Primera, párrafo primero, de la originaria Ley de Aguas, la Ley 29/1985, de 2 de agosto; que ha pasado al actual Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Dejemos ya constancia de que lo declarado en la mencionada Disposición Transitoria --no está trascrita correctamente en el fundamento cuarto de la sentencia de instancia- no se ha mantenido inalterable, al menos literalmente, desde su originaria redacción en la Ley de 1985 y el actual Texto Refundido de 2001, si bien en este se limita a hacer una remisión a la redacción originaria. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso de autos la norma aplicable es su redacción originaria, toda vez que, dejémoslo ya sentado, la petición de la Comunidad recurrente se remonta a 1988, vigente la redacción originaria, por más que la Administración haya demorado la decisión hasta el año 2014, ya vigente el Texto Refundido.

En su redacción originaria se disponía en la norma referida lo siguiente: << *1. Quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa*



o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor.

2. Podrán legalizarse, mediante inscripción en el Registro de Aguas, aquellos aprovechamientos de aguas definidas como públicas según la normativa anterior, si sus titulares acreditaran por acta de notoriedad, de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria y en el plazo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años. Las actas de notoriedad, que se tramiten durante el citado período de tres años gozarán de la exención total en el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, así como los de cualquier tasa, canon y arbitrio que en otro caso hubieran de abonar. El derecho a la utilización del recurso se prolongará por un plazo de setenta y cinco años, contados desde la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales.

3. Los actuales titulares de aprovechamientos de aguas, por cualquier otro concepto distinto de los anteriores, conservarán el derecho a la utilización del recurso de acuerdo con lo que se establece en las disposiciones siguientes.>>

A la vista de esa normativa debemos examinar la cuestión objeto de este recurso, en el bien entendido de que su examen requiere partir de los presupuestos fácticos que subyacen en el proceso, que es sobre los que se pronuncia la sentencia recurrida.

En el sentido expuesto debemos hacer constar que, conforme a lo que se establecía en la mencionada Disposición Transitoria, la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 solicitó, en el plazo de los tres años que en ella se establecía –la Ley entró en vigor el 1 de enero de 1986, conforme se estableció en su Disposición Final Tercera–, en concreto, en fecha 14 de diciembre de 1988, la inscripción en el Registro de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Segura, de una serie de aprovechamientos –se relacionan en la sentencia de instancia– que se consideraban que debían incluirse en el derecho reconocido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de 1985, por tratarse de aprovechamientos de aguas públicas que había sido concedidas desde tiempo inmemorial, en todo caso, con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley de Aguas.

La resolución que puso fin al procedimiento acuerda acceder a la inscripción de alguno de dichos aprovechamientos y denegando la inscripción de otros, con el fundamento de que, a la entrada en vigor de la mencionada Ley de 1985, el único aprovechamiento disponible por la Comunidad de Regantes recurrente era el de " las aguas del Río Guadalentín desde el Embalse de Puentes por el Canal de Aguas Claras"; según se razonaba en la propia resolución impugnada. Conforme a dicha argumentación, se termina decidiendo en la resolución la inscripción en el Registro de Aguas del aprovechamiento denominado " Fuente del Oro, como captación principal aguas abajo del río Guadalentín distintas del Canal de Aguas Claras"; rechazándose la inscripción de los restantes aprovechamientos, por considerarse que no había prueba, más bien todo lo contrario, respecto de su efectividad, de su vigencia, a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

SEGUNDO.- Examen de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Aguas .-

Sin dejar de reconocer la trascendencia que para el debate de autos tienen los presupuestos fácticos reseñados en el anterior fundamento, es necesario hacer un examen de la trascrita Disposición Transitoria Primera, respecto de la cual existe una jurisprudencia de este Tribunal que prácticamente se reduce a la sentencia de 4 de octubre de 1999 (recurso de casación 2062/1992), oportunamente citada en el escrito de interposición, que ha de servir para el debate de autos aun cuando, adelantémoslo, en poco sirve a los efectos de los argumentos que sirven de fundamento a la pretensión.

En efecto, debemos comenzar por recordar que la Ley de Aguas de 1985 vino a suponer una decisiva e intensa modificación del régimen jurídico del agua en nuestro Derecho, como se deja constancia ya en la misma Exposición de Motivos de la Ley y, de manera principal y detallada, por el Tribunal Constitucional al conocer de la constitucionalidad de la Ley, en su sentencia 227/1988, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1988:227). Esa nueva regulación comportaba la naturaleza pública de todas las aguas existentes en nuestro País, las cuales, conforme ya se declaraba en su artículo 1, " forman parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico."

Ahora bien, en la medida que en el régimen anterior, constituido por las normas que se contenían en el Código Civil, que las regulaba como " propiedades especiales", y en la Ley de Aguas de 13 de junio de 1979; se hacía referencia a " aguas privadas", que dejaban de serlo por la nueva regulación de 1985, el Legislador se vio en la



necesidad de establecer un régimen transitorio para los derechos de los titulares de aquellos derechos sobre las mal llamadas aguas privadas, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina.

Especial trascendencia tenía, como después se dirá, la posibilidad que establecía aquella legislación anterior sobre la adquisición del derecho al aprovechamiento de tales aguas privadas, en la terminología de aquella normativa, sino también la posibilidad de adquirir por usucapión adquisitiva el aprovechamiento de las aguas públicas. Una y otra posibilidad se excluyen con la nueva Ley de 1985, al establecer en su artículo 50 que solo por Ley o por concesión pueden adquirirse derechos privativos sobre cualquier tipo de aguas, sobre el ya delimitado dominio público hidráulico, excluyendo expresamente la posibilidad de adquirir ese derecho por prescripción.

Pues bien, debemos recordar que a ese régimen transitorio dedica el Legislador de 1985 las Disposiciones Transitorias, en especial, la Segunda y la Tercera y subsiguientes, en las que se regulan los derechos, transformándolos, de los anteriores propietarios del derecho a las denominadas, en la legislación anterior, aguas privadas. Y en relación con esa transformación de derechos se ha suscitado desde la promulgación de la Ley de 1985 una multitud de procesos, habiendo dado lugar a una jurisprudencia en relación con las cuestiones, ciertamente complejas, que las mencionadas Disposiciones Transitorias han suscitado.

No es en ese ámbito donde se suscita el debate en el presente proceso y, como acertadamente se pone de manifiesto en este recurso de casación, no existe esa jurisprudencia en relación con la Disposición Transitoria Primera, que no está ya referida a la alteración del régimen de las mencionadas aguas privadas, sino a las aguas de naturaleza pública, a las que tenían ya esa naturaleza en el régimen anterior.

Sirva lo expuesto para poner de manifiesto que esa diferencia esencial comporta que difícilmente han de ser extrapolables a este régimen de las aguas públicas, ya anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1985, y las denominadas aguas privadas y al régimen transitorio que para estas se establece en la mencionada Ley, por obedecer a presupuestos bien diferentes.

En efecto, la mencionada Disposición Transitoria Primera se refiere a un supuesto específico, a los derechos de los particulares, a fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1985, respecto de las aguas públicas disfrutadas, en dicho concepto, por los particulares, y se regula en la norma cuestionada los derechos de los particulares a disponer de tales aguas públicas que, como cabe concluir de la norma, solo puede estar habilitado ese derecho por un acto de la Administración, bien de manera expresa, mediante la correspondiente concesión, bien mediante la adquisición al uso de esa agua por prescripción adquisitiva, facultad que se establecía ya en el Código Civil que tras declarar cuales son las aguas públicas (artículos 344 y 407), autorizaba en el artículo 409 al aprovechamiento de esas "aguas públicas" por los particulares, mediante dos instituciones jurídico-privadas, la concesión administrativa y la "prescripción de veinte años". Se añadía en el mencionado precepto que << los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten, en el primer caso, de los términos de la concesión y, en el segundo, del modo y forma en que se haya usado de las aguas.>> El Código no hizo sino recoger la regulación que ya se había establecido al respecto en el artículo 4, y concordantes, de la Ley de Aguas de 1879, que fue derogada por la Ley de 1985.

Es importante a los efectos del debate señalar, que en el régimen del Código Civil y la Ley de Aguas de 1879, la prescripción adquisitiva jugaba también en sentido negativo, al declarar el artículo 411 de aquel, que <<el derecho al aprovechamiento de aguas públicas se extingue por la caducidad de la concesión y por el no uso durante veinte años.>>

Sobre esa normativa, que se completaba con la Ley de Aguas 1789, al que se remitía, viene a incidir la Ley de 1985 que, pero de una forma menos intensa de lo que lo hizo en relación con las denominadas aguas privadas.

Dado que las aguas públicas, antes de la Ley de 1985, para poder ser aprovechadas por los particulares debían haber sido adquiridas por concesión de la Administración o por prescripción, el régimen transitorio es más simple. En el caso de la concesión se simplifica de manera evidente porque, la existencia de la preceptiva resolución administrativa que la otorgara, despeja toda duda sobre su existencia y las condiciones del aprovechamiento que se transmitía por la Administración al particular concesionario.

Acorde con ese régimen jurídico administrativo la Disposición Transitoria Primera se limita a reconocer a esos titulares concesionales el derecho a que " seguirán disfrutando de su derecho, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos", pero sometidos al régimen de la nueva Ley, si bien su derecho concesional se mantendrá durante el plazo previsto en el título de otorgamiento, pero, en todo caso, nunca será superior a setenta y cinco años desde la entrada en vigor de la Ley de 1985.

Dado que estos titulares de aprovechamiento sobre aguas públicas tienen acreditado su derecho en el correspondiente título, es difícil contemplar supuestos en los que sería necesario acudir al régimen de acreditación que se impone en el párrafo segundo de la norma que se examina. Carece de sentido que quien



tiene reconocido su derecho en una resolución de la Administración titular del agua, deba acudir a probar su derecho por la vía del acta de notoriedad a que se hace referencia en ese párrafo segundo. El derecho está indubitado y está reconocido en la referida resolución administrativa, por lo que será en el régimen de la concreta concesión donde deberán tener respuestas la falta e concordancia entre el derecho reconocido y su ejercicio. La incidencia de la nueva Ley es en cuanto al aspecto temporal de la concesión.

Por ello, cuando el propio Legislador de 1985 instaura un mecanismo de protección de los derechos de los particulares sobre las aguas, que todas son públicas, cual es el Registro de Aguas, lo que hace la mencionada Disposición Transitoria Primera es reconocer a estos concesionarios de aguas a inscribir su derecho concesional en el mencionado Registro, con la finalidad de obtener la protección administrativa que el mismo comporta. Y esa inscripción no debe ofrecer problemática alguna porque está acreditado el derecho, insistimos, en el propio título concesional. Será, en buena lógica, el acceso de la resolución de la concesión la que acceda al Registro de Aguas, conforme a las condiciones que en este se requiere.

Pero lo que genera más problemática en cuanto al régimen transitorio con la nueva Ley de 1985 es el derecho de utilización de las aguas públicas por particulares cuando su derecho se ha adquirido por usucapión o prescripción adquisitiva. En efecto, dejando ahora al margen la incidencia del régimen del Registro de la Propiedad sobre ese derecho (nuestro sistema registral se estructura sobre un registro de título, con independencia de las situaciones de mero hecho), la adquisición por usucapión exigía, ya conforme a lo establecido en el Código Civil, como se dijo, que el aprovechamiento de las aguas se hubiera venido ejerciendo durante veinte años, adquiriendo el derecho a su utilización, precisamente en la forma en que se viniera realizando ese aprovechamiento.

Dada la ausencia de título específico del derecho al aprovechamiento en este supuesto, existe ya una primera incertidumbre sobre su misma existencia (aprovechamiento en 20 años) e incluso sobre su contenido (la forma en que se realiza en ese plazo el aprovechamiento), porque la adquisición se hace por un mero hecho y por mera tolerancia de la Administración, que ya era entonces la titular del aprovechamiento. Por ello es a ese supuesto al que cabe referir lo que se dispone en la Disposición Transitoria que examinamos. Y así, el Legislador de 1985, comienza por reconocer a estos titulares del derecho al aprovechamiento de las aguas públicas seguir disfrutando de su derecho, ya no de manera indefinida, sino por un plazo de setenta y cinco años desde la entrada en vigor de la Ley.

Ahora bien, para obtener ese derecho, el Legislador, con toda lógica, impone acreditar que se ha adquirido, la efectividad del mismo que, por el mismo modo de adquisición, está condicionado a la utilización del agua durante el mencionado plazo. De ahí que se imponga a estos titulares del derecho que, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, puedan acreditarlo mediante el acta de notoriedad a que se hace referencia en el párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera. Será ese acta la que deberá acreditar, en palabras de la norma, "*los términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años*", que es el plazo inmediatamente anterior a la Ley que, conforme al Código Civil, se adquiriría el derecho.

Llegados a este punto es necesario hacer constar una circunstancia que condiciona todo el debate de autos. En efecto, incluso en la misma sentencia de instancia y sobre todo en las alegaciones de las partes, se traen a este debate las consideraciones jurisprudenciales y legales que se contienen en las Disposiciones Segunda y Tercera respecto de las mal denominadas aguas privadas, cuando es lo cierto que la situación es diferente y los derechos de naturaleza bien distintas.

En el caso de esas aguas privadas, es evidente que, como recuerda el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, el Legislador de 1985 alteraba su régimen jurídico, de tal forma que si bien las aguas llamadas privadas en el Código Civil no podían configurarse como un omnímodo derecho de propiedad, era lo cierto que conferían a su titular un derecho que ya el mismo Código consideraba apropiable, conforme a lo que se denominaban aguas privadas en el artículo 408, de tal forma que quien había adquirido, bajo el régimen del Código, el derecho a las aguas subterráneas alumbradas por el propietario en su fundo, a que se refiere el párrafo quinto del precepto citado del Código, por ejemplo, la nueva Ley le desposeía de ese derecho, estableciendo mecanismos de compensación.

No es el caso del supuesto a que se refiere la Disposición Transitoria Primera, porque en estos supuestos no existía derecho al agua sino a su aprovechamiento y, en el caso de la adquisición del derecho por usucapión, lo que se adquiere no es el agua, en si misma considerada y en la manera en que podía adquirirse en el régimen del Código Civil, sino solo el derecho a su aprovechamiento, pero sólo en la forma en que se había venido haciendo en el plazo previsto de veinte años.

Es importante señalar lo expuesto porque debemos hacer dos reflexiones en lo que se refiere a la interpretación que se nos requiere. La primera, que, conforme a lo expuesto, lo que hace el Legislador de 1985, además de cercenar la posibilidad de estas adquisiciones por usucapión, es clarificar el derecho del particular, en el



sentido de reconocer de manera expresa su derecho, una vez acreditado, mediante la protección que le confiere el Registro de Aguas, al que puede acceder su derecho una vez que resulte indubitado mediante la referida acta de notoriedad o, en su caso, por las pruebas de que pudiera resultar el derecho. De otra parte y consecuente a dicha inscripción, se reconoce a los titulares del derecho adquirido por usucapión mantenerlo, en esas mismas condiciones –el párrafo segundo in fine autoriza a ajustar el caudal– durante el ya antes mencionado plazo de setenta y cinco años.

La segunda reflexión que ha de hacerse está referida al mismo modo de adquisición del derecho. Nos referimos a que la usucapión, como modo de adquirir el derecho, se funda, como es sabido, en su ejercicio sin título alguno que, por el transcurso del tiempo, se adquiere por quien lo viene ejercitando frente al legítimo propietario y por su mera tolerancia. Es decir, es el ejercicio real del derecho el que se adquiere como tal, por ello la forma y plazo en que se ha venido ejercitando son los que legitiman el nacimiento del derecho, hasta el punto que sin prueba de las concretas facultades que se han ejercitado no puede reconocerse el derecho. No se olvide que no se adquiere la propiedad del agua, en el sistema del Código Civil, sino determinada forma de aprovecharse de ella. Y es que, en toda usucapión es necesario acreditar, por el que pretende adquirir el derecho, la forma en que ha ejercitado las facultades que permiten adquirir el derecho, porque solo se adquieren derecho que se han ejercitado durante el plazo de prescripción.

De lo expuesto hemos de concluir, en lo que constituye el presupuesto de todo el debate de autos, que quien pretende hacer valer, mediante su inscripción en el Registro de Aguas, un derecho de aprovechamiento adquirido por usucapión –los adquiridos por concesión ya vimos que no generan problemática alguna– deberá comenzar por acreditar su derecho, es decir, que ha venido aprovechando el agua de titularidad pública y de una determinada forma, en particular, obvio es, el caudal que ha venido disfrutando de mero hecho.

No es equiparable el régimen expuesto al de los propietarios de las llamadas aguas privadas, que pueden acreditar el derecho –aguas subterráneas– con la mera constancia del hecho que lo genera –pozo– pudiendo existir duda sobre su contenido –caudal–; en el caso de las aguas públicas lo que hay que acreditar es que se ha ejercido, de puro hecho, un determinado uso de las aguas públicas, un concreto caudal, porque es ese derecho el que se adquiere.

Trasladando a la Transitoria Primera lo expuesto, el Legislador es coherente y en cierta medida tolerante con los anteriores propietarios, bajo el régimen del Código Civil. Y es que se trata de particulares que han accedido al aprovechamiento de un bien de dominio público, sin título alguno para ello. De ahí que, para reconocerle su derecho, el Legislador de 1985 le impone el deber, que no obligación, de acreditar que ha venido disponiendo del agua pública, y sin título, durante 20 años, y si acredita ese hecho, se le respeta su derecho por el plazo ya mencionado y previa inscripción en el Registro de Aguas. De no acreditarse ese concreto régimen no podrá adquirirse el derecho que, insistimos, se adquiere como se ejercitó.

Pero añadamos a ello, porque es relevante para las cuestiones que se suscitan en este proceso, que quien pudiera acreditar que había adquirido, bajo el régimen del Código, el derecho al aprovechamiento de aguas públicas por prescripción en un tiempo anterior, debe haber mantenido ese derecho de manera continua, porque de haberse dejado de ejercer el derecho durante 20 años, supone la extinción del mismo, como establecía el artículo 440 del Código; de ahí la necesidad de que la prueba, el acta de notoriedad, ha de referirse a ese plazo de veinte años anteriores a la Ley.

TERCERO. Interpretación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Aguas .-

Lo razonamientos expuesto en el anterior fundamento nos pone en situación de poder hacer una interpretación de la mencionada Disposición Transitoria Primera, en los términos en que se impone en el auto de admisión del presente recurso de casación, interpretación que debe ser la de que para poder acceder al registro de Aguas el aprovechamiento de aguas públicas adquirido en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley de 1985, deben aportarse, o bien la resolución vigente de la Administración otorgando la correspondiente concesión y las condiciones de la misma o, caso de que se hubiera adquirido el derecho por usucapión, acreditar que, al menos en el plazo de veinte años anteriores a la entrada en vigor de la Ley se ha venido realizando el aprovechamiento de aguas públicas con unas concretas condiciones, entre ellas caudales y destinos, durante el mencionado plazo.

CUARTO. Examen de la pretensión accionada por la Comunidad recurrente.-

Fijada la interpretación requerida a los efectos de resolver el presente recurso de casación, es necesario recordar que la sentencia de instancia desestima la petición de la Comunidad de Regantes, sobre la base, en síntesis, de que no se ha acreditado por la solicitante la existencia del derecho a los aprovechamientos que le habían sido denegados por la resolución de la Confederación que constituía el objeto del recurso. Y a la vista de esa fundamentación, lo que se sostiene por la Comunidad recurrente es que existe título sobre la titularidad



del agua y que el derecho a la inscripción trae causa de dichos títulos, por lo que no puede ser denegada dicha inscripción por la falta de determinación de los caudales que se consideran deben ser los necesarios para el destino al que el agua fue concedida.

Hemos querido exponer con sumaria extrema lo que constituye la esencia del planteamiento de la recurrente, en su pretensión, y la motivación de la sentencia de instancia porque, a juicio de este Tribunal, existe un planteamiento erróneo en el ejercicio de la pretensión que hace ineficaz las alegaciones que en el mismo se hacen.

En efecto, como la misma Comunidad recurrente solicitó en vía administrativo y entendió la Administración hidráulica, la petición estaba referida a un aprovechamiento de aguas públicas, es ese el dato del que ha de partirse. Pues bien, tales aprovechamientos, ya hemos visto que solo podían obtenerse por concesión de la Administración o por usucapión o prescripción adquisitiva, no hay más alternativas. La defensa de la Comunidad recurrente hace ya en la demanda y en los documentos que con ella se aporta, una argumentación no exenta de confusión, porque se traen títulos de legitimación del aprovechamiento que se remontan al siglo XIII con referencias a concretas obras públicas (presas) del siglo XVIII sobre las que existían derechos al aprovechamiento del agua que, precisamente por esos mismos títulos, se aceptan que eran ya, en aquellos tiempos públicas. No se olvide que ya Las Partidas de Alfonso XI, durante cuyo reinado se tratan de legitimar los derechos aquí reclamados, declaraban que *<< los ríos, los puertos y los caminos públicos pertenecen a todos los hombres comunalmente...>>* (Ley 3, del Título 28, de la 3 Partida). Siendo ello así, el mencionado aprovechamiento, por histórico que fuese y por legítimo que fuera en épocas pretéritas, es lo cierto que ya quedó sometido de manera ineludible a lo establecido en la Ley de Aguas de 1879, en la que se establecía (artículo 152) lo siguiente: *<< En toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se fijará la naturaleza de éste, la cantidad de metros cúbicos que segundo de agua concedida, y si fuese para riego la extensión en hectáreas de terreno que haya de regarse.>>* Pero el Legislador fue más allá, porque impuso esa exigencia a los aprovechamientos anteriores, al establecer en el párrafo segundo del precepto que *<< Si en aprovechamientos anteriores a la presente ley no estuviese fijado el caudal de agua, se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto de aquellos, que determinará el Ministerio de Fomento con audiencia de los interesados, pudiendo exigirles establezcan los módulos convenientes.>>* Por otro lado, esa misma Ley vino a incorporar – ya se había incluido en la Ley de 1866– la extinción de estas concesiones sobre aguas públicas por el no uso, cuando se dispone en su artículo 148 que *<< Al que tuviera derechos declarados a las aguas públicas de un río o arroyo, sin haber hecho uso de ellos ó habiéndolos ejercitado solamente en parte, se le conservarán íntegros por el espacio de 20 años, a contar desde la promulgación de la ley de 3 de agosto de 1866 .*

Pasado este tiempo, caducarán tales derechos a la parte de agua no aprovechada, sin perjuicio de lo que se dispone...>> El artículo 411 del Código Civil viene a reiterar esa extinción por caducidad por el "no uso".

Es decir, si la Comunidad recurrente no tenía, al momento de la entrada en vigor de la Ley de 1985, título concesional del aprovechamiento que pretende inscribir en el Registro de Aguas, por lo que resulta evidente que las exigencias de la transitoria deben aplicarse conforme a su propio tenor y deberá la Comunidad de Regantes comenzar por acreditar el aprovechamiento que pretende haber adquirido, que es de lo que se trata, por prescripción y, además de ello y aceptando que pudiera haberlo tenido en un tiempo, que dicho derecho no ha caducado por el no uso durante el mencionado plazo de veinte años.

Esa era la exigencia que le impone la Disposición Transitoria y la que sirve de fundamento a la resolución impugnada, al concluir que no se han acreditado los aprovechamientos sobre los que se deniega la inscripción. Y dado que ese extremo se considera aceptado por el Tribunal de instancia y tratándose de una cuestión de mero hecho sobre el que este Tribunal no puede entrar en recurso de casación (artículo 87 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); no puede acogerse la pretensión accionada.

De otra parte, el rechazo a la desestimación del recurso comporta que este Tribunal Supremo deba rechazar el examen de las pretendidas omisiones formales que se reprochan a la sentencia de instancia, que no son ya cuestiones casacionales, por estar condicionadas a los supuestos en que el recurso debiera ser estimado, conforme a la nueva regulación del recurso de casación.

QUINTO. Costas procesales.-

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, por no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, conforme a lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley jurisdiccional, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



Primero.- Fijar como criterios interpretativos de la Disposición Adicional Primera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, los concluidos en el fundamento tercero de esta sentencia.

Segundo.- Conforme a los mencionados criterios interpretativos, no ha lugar al recurso de casación número 1338/2017, interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD DE REGANTES DE DIRECCION000 , contra la sentencia número 1017/2016, de 27 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el recurso contencioso-administrativo nº 243/2014.

Tercero.- No procede hacer declaración sobre las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy

Cesar Tolosa Tribiño

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.