

OBJETO Litisconsorcio pasivo necesario. Aguas privadas: dominio privado de las aguas de manantial; prescripción extintiva por su no aprovechamiento durante veinte años; facultad de interrumpir su aprovechamiento por tercero y caducidad de tal facultad; prescripción adquisitiva del dominio de las aguas y legitimación para oponerla. Interpretación de las normas jurídicas: *in claris non fit interpretatio*. Desvirtuación de la presunción posesoria de buena fe.

PARTES D. José Mora Ayala *contra* Ayuntamiento de Alajero (recurrente).

PONENTE Excmo. Sr. D. CARLOS DE LA VEGA BENAYAS.

FALLO No ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 407, 2.º párrafo, 408, 1.º, 433, 2.º, 434, 451, 1.390 y 1.963 del Código Civil. Artículos 4.º, 2.º apartado, 5.º y 11 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1.879.

DOCTRINA:

No se quiebra la doctrina legal relativa al litisconsorcio pasivo necesario cuando no se demanda a personas que son totalmente ajenas a la relación controvertida y a la contienda suscitada, por no tener trascendencia alguna para sus derechos.

El no uso durante más de veinte años por parte del dueño de los manantiales, no convierte por sí sólo las aguas en públicas, ni tampoco ese tiempo opera una prescripción extintiva para su titular privado.

Sólo adquieren la condición de públicas las aguas de manantial no aprovechadas por el dueño del predio de su nacimiento, siempre que no discurren inmediatamente por otro predio de propiedad privada, según dispone el párrafo 2.º del artículo 5.º de la Ley de Aguas.

El artículo 11 de la Ley de Aguas no puede ser interpretado, como pretende el recurrente, en el sentido de que el transcurso del año y día de aprovechamiento inferior del agua ha de operar incluso contra la voluntad del dueño, es decir, mediante una posesión aún inquietada y no pacífica, cons-

titutivo de caducidad, no de prescripción susceptible de ser interrumpida; interpretación desmesurada que no puede acogerse a la sola vista del texto legal y de la pertinente regla de interpretación que señala el artículo 3.º, 1, del Código Civil («sentido propio de las palabras de la norma»), que es lo cumplido por el Juzgador de instancia, sin plantearse problema alguno de hermenéutica («in claris non fit interpretatio»).

El artículo 11 de la Ley de Aguas consiente la interrupción del año y día de aprovechamiento inferior, naturalmente antes de que transcurra ese tiempo y no después, que es cuando perdería el dueño del manantial el derecho a prohibir al tercero el aprovechamiento, con pérdida de su derecho al mismo.

Sólo aquel que se atribuya el derecho adquirido por prescripción treintenual podría oponer la prescripción extintiva como excepción o sería, en su caso, frente a quien podría ejercitar su acción al dueño que estimase no haber perdido su derecho por prescripción (arts. 1.930 y 1.963 CC), pero no el usuario que no ha completado siquiera el año y día a que se refiere el artículo 11 de la Ley de Aguas.

La buena fe que, como presupuesto, establece el artículo 451 del Código Civil para que el poseedor haga suyos los frutos, si bien se presume conforme al artículo 434, puede ser desvirtuada bien mediante la interrupción del estado posesorio (art. 451, párrafo 1.º, inciso segundo), ora con la constatación de la concurrencia de su contrario, es decir, de la mala fe probada (art. 434) por el conocimiento del vicio que invalida la posesión (art. 433, 2.º).

HECHOS:

Se exponen suficientemente en el primer considerando.

CONSIDERANDOS:

CONSIDERANDO que de los hechos que resultan acreditados aparece que los causahabientes del actor, hoy recurrido, adquirieron por compra al dueño de la finca en la que brotaban cinco nacientes o manantiales de agua el uso y aprovechamiento de su contenido, el cual, sin embargo, no era aprovechado por sus titulares (la adquisición data de 1935), sino, en fechas y tiempos no determinados, por otros colindantes en cuanto transcurrían las aguas por sus fincas, y así hasta el mes de agosto de 1978 en el que el Ayuntamiento de Alajero —autorizado por el dueño de la finca, pero no por

el de los manantiales— realizó en dos de los nacientes (había cinco) obras de captación y aprovechamiento para uso municipal y servicio público mediante percepción de precio, mas no sin que el dueño del aprovechamiento hiciera su protesta, significada por escritos y un requerimiento notarial de 23 de noviembre de 1978 y un acto de conciliación celebrado el 26 de julio de 1979, es decir, antes del año de la ocupación y uso por el Ayuntamiento (que lo fue en agosto del 1978), en el cual acto no se negó por el Municipio la propiedad privada de las aguas e incluso propuso al dueño el abono de 5 pesetas por metro cúbico para continuar en el aprovechamiento, sin llegarse a un acuerdo, lo que motivó la demanda origen de este recurso y la subsiguiente condena por la sentencia recurrida al Ayuntamiento para que éste dejara las cosas como antes de su ocupación y aprovechamiento de los dos nacientes o manantiales, dejándolos a disposición del dueño, con el abono de los metros cúbicos aprovechados.

CONSIDERANDO que en el primer motivo se sostiene la tesis de haberse infringido por violación la doctrina legal relativa al litis consorcio pasivo necesario, y mal constituida la relación procesal por no haberse demandado conjuntamente al dueño del fundo donde nacen las aguas, a los terceros que pudieran alegar derechos sobre las mismas y a la Administración del Estado, «en razón a su posible naturaleza pública», motivo que no puede prosperar por las siguientes razones: *a)* en cuanto al dueño de la finca, vendedor de uso y aprovechamiento de las aguas, por ser totalmente ajeno a la relación controvertida (artículos 1.252 y 1.257 del Código Civil) y a la contienda suscitada sin trascendencia alguna para sus derechos, ya que los aquí discutidos no afectan a la propiedad o posesión de su finca, distinta de la del uso y aprovechamiento de las aguas que en ella nacen por

haberlos vendido, y a salvo siempre los posibles derechos que en todo caso podría ejercitar —pero sólo él— respecto al no aprovechamiento de las aguas constitutivo de prescripción extintiva o adquisitiva (arts. 11 y 8.º de la Ley de Aguas de 1879) a su favor, pese al contrato y en virtud de esa Ley especial, pero a quien, repetimos, no puede afectarla la resolución positiva o negativa que aquí recayera, exclusivamente referida al derecho que un tercero —el Ayuntamiento— se arroga para su explotación; *b)* en cuanto a terceros colindantes porque su posible derecho al uso y aprovechamiento de las aguas sobrantes que discurren por sus fincas siempre lo conservarán (arts. 5.º, 9.º y 10 de la Ley citada), es decir, siempre que no sean totalmente aprovechadas; y *c)* en fin, tocante a la Administración del Estado, porque no es ni siquiera discutible la naturaleza privada de las aguas en cuestión, tanto por cumplirse en su definición los presupuestos de los artículos 408-1.º del Código Civil y 5.º de la Ley especial de 13 de junio de 1879, es decir por nacer las aguas en predio privado, como por haberlo reconocido y admitido así la Corporación municipal en el acto conciliatorio ya citado.

CONSIDERANDO que lo últimamente expuesto vale para rechazar los motivos segundo y tercero, que alegan, respectivamente —también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley procesal— la violación de los artículos 407-2 y 4.º-2 del Código Civil y de la Ley especial, y del 11 de esta Ley y el 2.º del Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927, puesto que, además, el no uso durante más de veinte años por parte del comprador de los manantiales no convierte por sí solo las aguas en públicas, ni tampoco ese tiempo opera una prescripción extintiva para su titular privado, salvo lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley citada, como después se verá, pues siempre, si no se utilizan las aguas,

podrán ser aprovechadas por terceros según los presupuestos legales (artículos 5.º, 9.º y 10 de la Ley de Aguas), y sólo adquirirán la condición de públicas aquellas no aprovechadas siempre que no discurran inmediatamente por otro predio de propiedad privada, según dispone el párrafo segundo del artículo 5.º de la tantas veces citada Ley, razones, por lo demás, también válidas para rechazar el motivo cuarto, que insiste, con el mismo fondo, en la violación de los artículos 412 del Código Civil y 5.º de la Ley especial.

CONSIDERANDO que la misma temática, en relación estrecha con los motivos anteriores, sigue el quinto, con el mismo amparo procesal (el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero ahora con el alegato y denuncia de haberse interpretado erróneamente el artículo 11 de la Ley de Aguas de 1879, infracción en modo alguna cometida por la sentencia de instancia, porque lo que el artículo 11 supuestamente infringido dispone es que «si transcurridos veinte años el dueño del predio en el que naturalmente nacen unas aguas no las hubiese aprovechado, consumiéndolas total o parcialmente, de cualquier modo perderá todo derecho a *interrumpir* los usos y aprovechamientos inferiores de las mismas aguas, que por espacio de *un año y un día* se hubiesen ejercitado»; precepto que no puede ser interpretado como quiere el Municipio recurrente en el sentido de que el transcurso del año y día ha de operar incluso contra la voluntad del dueño, es decir, mediante una posesión aún inquietada y no pacífica, constitutivo de caducidad, no de prescripción susceptible de ser interrumpida, interpretación desmesurada que no puede acogerse a la sola vista del texto legal y de la pertinente regla de interpretación que señala el artículo 3.º-1 del Código Civil («sentido propio de las palabras» de la norma), que es lo cumplido por el juzgador de instancia, sin plantearse problema alguno

de hermenéutica (*in claris non fit interpretatio*), pues bien claro es el artículo 11 aludido cuando establece que lo que el no usuario de las aguas por más de veinte años perderá es el derecho a interrumpir el aprovechamiento que de las mismas haga un tercero por espacio (*sic*) de un año y un día, y nada más, es decir, sin referencia ni remota a un plazo de caducidad, puesto que es la misma norma la que permite la interrupción de ese año y día, naturalmente antes de que transcurra ese tiempo y no después, que es cuando perdería el dueño el derecho a prohibir al tercero el aprovechamiento, con pérdida de su derecho al mismo, cosa no ocurrida en el caso, en el cual, según hecho acreditado e inamovible, fue requerido el Ayuntamiento por el dueño de los manantiales en el mismo mes en el que aquél hizo toma de las aguas, para que se abstuviera de hacerlo.

CONSIDERANDO que tampoco puede prosperar el motivo sexto, que acusa la violación del artículo 1.930-2.º en relación con el 1.963, ambos del Código Civil, relativos a la prescripción extintiva operada —según el recurrente— en contra del titular de las aguas por su no aprovechamiento durante cuarenta y cinco años, y ello porque no es el Ayuntamiento el verdaderamente legitimado para oponer una excepción que ampararía y evitaría de modo subrepticio el fracaso de la que legal y en pura normativa le compete, tal la ya estudiada y prevista en el artículo 11 de la Ley de 1879, norma especial reguladora de la pérdida del derecho al uso y aprovechamiento de las aguas privadas, puesto que en otro caso y supuesto siempre conservará el titular de los manantiales su propiedad especial y ello sin perjuicio ajeno en cuanto el agua no utilizada pasa al uso de otros o del público, y sólo aquel que se atribuya el derecho adquirido por prescripción trentenal podría oponérsele o sería en su caso frente a quien podría ejercitar su ac-

ción el dueño que estimase no haber perdido su derecho por prescripción (arts. 1.930 y 1.963 del Código Civil), pero no frente a un usuario que no ha completado el año y día del artículo 11 de la Ley de Aguas.

CONSIDERANDO que, finalmente, y para desestimar asimismo el motivo séptimo y último, que aduce la violación del artículo 451 del Código Civil y doctrina legal concordante, bastará añadir que la buena fe que como presupuesto establece el artículo 451 del Código Civil para que el poseedor haga suyos los frutos, si bien se presume conforme al artículo 434, puede ser desvirtuada bien mediante la interrupción del estado posesorio (451,

párrafo primero, inciso segundo), ora con la constatación de la concurrencia de su contrario, es decir, de la mala fe probada (434) por el conocimiento del vicio que invalida la posesión (artículo 433, párrafo segundo), cosa que, en el caso, aparece demostrado con la interrupción operada por el dueño mediante las cartas y requerimiento notarial al Municipio poseedor, quien supo, antes de consumir el año y día, que su posesión no era pacífica.

CONSIDERANDO que, en su virtud, procede rechazar el recurso, con las prevenciones del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo en cuanto al depósito, aquí no exigible.

COMENTARIO:

De los hechos acaecidos que dieron pie al origen de este pleito, a los efectos del comentario, conviene subrayar lo siguiente: que la comunidad hereditaria (a que pertenece don José Mora Ayala y en cuyo interés actúa) es propietaria de los manantiales afectados, no por causa de ser dueña del fundo donde manan, sino por compra de los mismos, realizada por los padres de los actores (sus causantes, y no sus «causahabientes» como erróneamente se indica en el primer Considerando), quienes los adquirieron del dueño del fundo de nacimiento de las aguas; que desde la fecha de la adquisición (año 1935) hasta que el Ayuntamiento de Alarejo realizó las obras para el aprovechamiento de dos de los manantiales (1978), los propietarios sucesivos (los padres de los actores y ellos mismos) no usaron ni aprovecharon para nada los aludidos manantiales; que de los datos facilitados en la sentencia, no se infiere que el Ayuntamiento de Alajero se encuentre en las condiciones descritas por el artículo 5.º, LA, para poder efectuar los llamados «aprovechamientos eventuales», pues no parece ser dueño de predio inferior en el curso de las aguas, en el sentido de los artículos 5.º, 6.º, 7.º y 10, LA.

Poniendo en relación lo dicho con las normas reguladoras del régimen jurídico de las aguas de manantial, llama la atención la particular posición jurídica que respecto de ellas ocupan los actores, con independencia de los argumentos esgrimidos por la sentencia frente a las pretensiones del recurrente.

En efecto, de una parte, la hipótesis normal prevista tanto por la LA (véase art. 5.º) como por el CC (arts. 408, 1.º y 412) en la cual un particular ostenta el dominio de las aguas de manantial, se liga a la propiedad del fundo donde tales aguas nacen. Aquí, sin embargo, la comunidad

hereditaria es propietaria solamente de los manantiales, y no del predio donde se encuentran, pues el dueño del mismo enajenó los manantiales. Y surge la duda acerca del poder de disposición que ostenta el dueño del predio de nacimiento del agua sobre los manantiales y si la transmisión a tercero de su derecho implica propiamente enajenación de la propiedad de las aguas. O, planteándolo en otros términos, hasta qué punto la propiedad de tales aguas no constituye una especie de titularidad *propter rem*, pudiendo solamente el dueño del predio de nacimiento de las mismas conceder su uso y aprovechamiento. Duda que se incrementa, si es cierto, como creo (compartiendo la opinión mantenida por LACRUZ, últimamente en sus *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1979, pág. 265 y sigs.), que ni siquiera el dueño del predio de nacimiento de las aguas es en puridad propietario de esas aguas, sino simplemente titular del derecho a su aprovechamiento, respetando los derechos adquiridos por terceras personas y, en particular, los aprovechamientos en favor de los predios inferiores (art. 415 CC). Y si *nemo dat quod non habet*, los adquirentes sólo asumen la titularidad de ese derecho de aprovechamiento con las mismas limitaciones que pesarían sobre el del dueño del predio en cuestión. Con lo cual ciertamente los actores serán titulares de ese derecho (aunque, como veremos, en este caso con fundadas dudas acerca del contenido del mismo), pero en modo alguno de un derecho de propiedad sobre tales aguas, diferente del correspondiente al uso y aprovechamiento preferente de las mismas.

En la caracterización de la posición jurídica de los actores sobre las aguas en litigio ha de tenerse también en cuenta la circunstancia de que, desde que se efectuó la adquisición del aprovechamiento de las mismas por los causantes de los actores, no se ejercitó en modo alguno el contenido del derecho adquirido (según parece, las aguas continuaron siendo aprovechadas por el propietario del fundo de nacimiento y por los de los predios inferiores), y ello durante más de cuarenta años. Así se ocupó de ponerlo de manifiesto el Ayuntamiento de Alajero, siendo rechazada su pretensión de que la «propiedad» correspondiente a los actores sobre las aguas había caducado o prescrito extintivamente por tal desuso, en el tercer Considerando de la sentencia. Y ello en base a que del artículo 11 LA lo único que se desprende es la caducidad de la facultad de interrumpir los aprovechamientos inferiores, cuando concurren simultáneamente las circunstancias de, por una parte, que el «dueño» deje transcurrir más de veinte años sin usar o aprovechar las aguas y, de otra, que el titular del aprovechamiento inferior lo haya mantenido durante año y día. Si con ello se quiere indicar que el «dueño» del manantial conserva todavía facultades de aprovechamiento, se dice bien. Pero tal aprovechamiento cede su preferencia ante los aprovechamientos consolidados de los titulares de los predios inferiores, cuya cuantía, frecuencia, instalaciones de captación de aguas, destino de su uso, etc., no pueden verse afectados por el derecho, en cierta medida residual, que conserva el «dueño» del manantial. Confirmándose lo dicho a la vista del artículo 14 LA, en el cual se prevé la conservación por parte del «dueño» del manantial de facultades de aprovechamiento que no produz-

can desmerecimiento de ningún género de los aprovechamientos inferiores consolidados durante año y día, siempre respecto de las aguas no aprovechadas, a su vez, durante año y día por el «dueño».

En suma, que, aunque no respecto del Ayuntamiento de Alajero, quien ni siquiera ha aprovechado las aguas durante ese período de año y día, seguramente el contenido del derecho al aprovechamiento de los manantiales que conservan los actores no sea el previsto como hipótesis normal (aprovechamiento preferente, ante el cual ceden todos los inferiores), sino de naturaleza puramente residual. Pero el Tribunal Supremo aprecia falta de legitimación en el recurrente (con razón), pues no sería el Ayuntamiento quien ostentara derecho al aprovechamiento preferente, por no haber gozado del mismo durante el período de tiempo previsto. Ahora bien, debe subrayarse que, según parece, el Ayuntamiento contaba con autorización de las personas que efectivamente sí ostentaban derecho al aprovechamiento principal de las aguas (en la sentencia se indica que, al menos, contaba con la autorización del dueño de la finca donde se encuentran los manantiales, quien, según parece, era a la vez titular de importante aprovechamiento de los mismos). De donde resulta que el Ayuntamiento obra incorrectamente sólo en la medida en que, como consecuencia del tipo de obras realizadas sobre dos de los manantiales para la captación de las aguas, impide a los actores la posibilidad de su residual aprovechamiento de tales aguas. Por tal motivo llama la atención que el recurrente sea condenado a abonar a los actores el íntegro precio del agua consumida, siendo así que los actores no podrían haberla aprovechado en toda su integridad, pues habrían de respetar, caso de ejercitar ahora su derecho, los aprovechamientos inferiores consolidados por la vía de los artículos 11 y 14 LA.

El proceder del Tribunal Supremo para la resolución de este caso se aparta notablemente, sin embargo, de los expuestos criterios. Y ello por la vía de afirmar que, con independencia de que los actores probablemente (seguramente) tienen muy mermadas sus facultades efectivas de aprovechamiento de las aguas de los manantiales, pues hasta es posible que haya operado en su contra la prescripción veintenual para adquirir el «aprovechamiento indefinido» de las aguas (ex art. 8.º LA), conservan, sin embargo, el *dominio* de los manantiales; escindiendo, pues, de una parte la titularidad del derecho al aprovechamiento y de otra la titularidad del dominio de las aguas. Y así claramente, en el antepenúltimo Considerando se llega incluso a sostener que la prescripción adquisitiva veintenual, que tanto en el CC como en la LA se consagran como instrumento de adquisición incluso del aprovechamiento de aguas de indiscutido dominio público, sólo se referiría precisamente al mencionado derecho de aprovechamiento, y nunca al dominio de las aguas, quedando la posibilidad de adquirir el mismo por usucapión sometida a los, en su caso, mayores plazos de la contemplada con carácter general en los artículos 1.940 y sigs. CC. Lo cual no puede sino colmar de extrañeza al comentarista. Resultaría según ello que sería perfectamente posible un caso como el siguiente: el propietario de un predio inferior aprovecha

hasta agotar íntegramente las aguas nacidas en un manantial ubicado en un predio superior de propiedad privada, manteniendo tal aprovechamiento ininterrumpidamente y con signos externos que indubitadamente lo manifiestan durante veinte años. Por aplicación del artículo 8.º LA, el dueño del predio inferior adquiere el «aprovechamiento indefinido» de esas aguas, esto es, el derecho a seguir agotándolas íntegramente, y lógicamente sin que el dueño del predio superior donde nacen las aguas pueda interferir en modo alguno tal aprovechamiento (aunque seguramente conserve la posibilidad de aprovechamientos simplemente eventuales, por su condición de predio ribereño, lo mismo que lo tienen los predios inferiores, convirtiéndose así, pues, el predio geográficamente superior en inferior a los efectos aludidos). Así, el dueño del predio donde se encuentre el manantial y respecto de sus aguas ocupa materialmente la misma posición que los dueños de los predios inferiores respecto del usucapiente. Pero, sin embargo, de seguirse el criterio propugnado en la sentencia comentada, la legitimación del primero para llevar a efecto tales aprovechamientos eventuales se fundamentaría en que seguiría ostentando la condición de dueño, mientras que las idénticas facultades de los segundos se fundamentarían en el derecho al aprovechamiento eventual regulado en los artículos 5.º y sigs. LA. Luego, en suma, se crea un dominio absolutamente vacío de contenido, pues para reconocer derecho al aprovechamiento eventual en favor del predio de nacimiento del agua no parece necesario invocar título de propiedad alguno.

No es preciso subrayar más lo infundado, a mi juicio, de tal solución que parte del equívoco de entender que el derecho al aprovechamiento de las aguas otorgado al dueño del predio de nacimiento de éstas es cosa distinta del derecho de propiedad del agua. Por el contrario, como antes indiqué, el «dueño» del agua agota su derecho con el aprovechamiento de la misma; luego, seguramente, son la misma cosa. Y es más, puede convenirse con LACRUZ (obra citada, pág. 270) en que las aguas de manantial son siempre públicas, no existiendo propiamente dominio privado sobre ellas: se trata de «aguas públicas en aprovechamiento privado en virtud de la propiedad sobre el fundo donde nacen».

La posición jurídica del demandado, el Ayuntamiento, por otra parte, presenta alguna peculiaridad que merece ser destacada, teniendo que ver con lo que al principio se indicaba. Esto es, que no parece que el Ayuntamiento sea titular de predio inferior en el curso de las aguas, con lo cual su posición escapa un tanto a las previsiones de la LA. En efecto, dicho texto legal, respecto de los manantiales, delinea los siguientes posibles tipos de aprovechamiento:

— De un lado, tiene derecho al aprovechamiento indefinido el titular del predio de nacimiento de las aguas, que le consiente utilizarlas según sus necesidades, e imponiéndole ciertas limitaciones (por ejemplo, artículo 9.º LA);

— Por otra parte, el sobrante no aprovechado por el anterior que discurre por predios inferiores, puede ser objeto del llamado aprovecha-

miento eventual por parte de los titulares de tales predios; posición de configuración dudosa, pero que se caracteriza por su absoluta inseguridad y dependencia respecto del proceder del dueño del fundo de origen del manantial (véase, por ejemplo, los arts. 6.º y 10 LA);

— Además, si concurren las circunstancias de los artículos 11 ó 14 LA (básicamente, la dejadez y no aprovechamiento de las aguas por el dueño del predio de nacimiento), los titulares de aprovechamientos inferiores, que hasta el momento ostentaban solamente ese aprovechamiento eventual, consolidan su posición, dejando ya de depender su aprovechamiento del sobrante que reste tras la salida del manantial del predio de origen, para adquirir una posición caracterizada porque tienen derecho a no padecer merma u obstaculización, procedente del dueño del predio de nacimiento, del tipo de aprovechamiento que vienen observando durante más de un año, aunque tal aprovechamiento exceda de los límites impuestos al aprovechamiento eventual; este aprovechamiento «consolidado» autoriza a seguir manteniéndolo, pero no a efectuar tipos de aprovechamiento que excedan de lo hasta entonces observado;

— Finalmente, si el aprovechamiento inferior se mantiene, excediendo los límites de lo meramente eventual durante veinte años, se produce la llamada prescripción del agua en favor del aprovechador, que adquiere lo que la Ley llama el aprovechamiento indefinido de las aguas (art. 8.º), que se diferencia del inmediatamente anterior, en que se le aplican los preceptos que definen el aprovechamiento que, en el origen, correspondía al dueño del predio donde el manantial se encuentra.

A la vista de lo anterior, resulta difícil encajar la posición del Ayuntamiento en las anteriores categorías. Obviamente no le corresponde el aprovechamiento descrito en primer lugar. Pero tampoco parece que pueda realizar aprovechamientos eventuales, pues éstos parecen concebidos exclusivamente en beneficio de los predios aludidos por el artículo 7.º LA, lo cual no parece ser este caso. Si ello es así, tampoco puede pretender «consolidar» ese aprovechamiento por la vía de los artículos 11 ó 14 LA, pues, como he dicho, su origen parece encontrarse en un aprovechamiento eventual extralimitado o no obstaculizado oportunamente por quien tenga derecho preferente al aprovechamiento de las aguas. Sólo con el transcurso del tiempo, parece que el tal Ayuntamiento, podría pretender adquirir por prescripción veintenal la titularidad de ese llamado aprovechamiento indefinido, lo cual no es el caso (ni siquiera transcurre un año desde que se inicia la captación de aguas por el demandado hasta que reaccionan los actores).

Por todo ello no parece procedente la invocación del artículo 11 LA por parte del demandado, pues a mi juicio en ningún caso podría resultar amparado por el mismo. Entiendo, por el contrario, que la única posibilidad de encajar la situación del Ayuntamiento en el lapso de tiempo que va desde que inicia el aprovechamiento del agua hasta que hubiera adquirido por prescripción el aprovechamiento indefinido de la misma, se encuentra en las normas protectoras del poseedor, con sede en el CC.

Ahí sí parecen compatibles las normas del CC con las de la LA, y no, como pretende la sentencia en sede de usucapión.

Otra precisión creo conveniente realizar. En el sexto Considerando y en tema de atribución de frutos al poseedor de buena fe (el agua a tales efectos bien puede merecer tal consideración), indica la sentencia que la presunción de buena fe del poseedor, puede ser desvirtuada «bien mediante la interrupción del estado posesorio (451, párrafo 1.º, inciso 2.º), ora con la constatación de la concurrencia de su contrario, es decir, de la mala fe probada (434) por el conocimiento del vicio que invalida la posesión (433, párrafo 2.º)». En realidad la presunción de buena fe solamente puede ser desvirtuada acreditando que el poseedor carece de ella o la ha perdido, siendo uno de los medios para esto segundo, poner en su conocimiento que la posesión que ostenta ha cesado de ser pacífica. La referencia, entonces, a que la presunción de buena fe se desvirtúa por la interrupción de la posesión no es exacta. La interrupción normalmente provocará la pérdida de la buena fe, pero en sí se limita a operar (en esta sede) como momento final de generación de los efectos que la posesión comporta para el poseedor.

Por último, es conveniente poner de manifiesto que se avecina (si no hay imprevistos que lo impidan) una alteración sustancial del régimen jurídico de las aguas. Y que de mantenerse los criterios que actualmente inspiran al Borrador de Anteproyecto de Ley de Aguas, el caso suscitado en esta sentencia será probablemente irrepetible. Se debe ello a que desaparece absolutamente la noción del dominio privado de las aguas, declarándose expresamente el dominio público sobre las mismas (arts. 1.º, 2.º y 3.º). De los aprovechamientos anteriormente enunciados, desaparecen todos, quedando solamente en favor del propietario de la finca donde nazca un manantial, la facultad de aprovechar sus aguas dentro de los límites establecidos en cuanto a la cuantía del aprovechamiento (en el Borrador se limita a 3.000 m³ anuales) y cumpliendo las condiciones reglamentariamente determinadas (art. 51, 2). Además, expresamente se excluye que pueda accederse por prescripción a la titularidad del uso privativo del dominio público hidráulico (art. 49, 2). Por último, la Disposición Transitoria Segunda prevé la perduración del régimen actualmente vigente en cuanto al aprovechamiento de manantiales, por los titulares de los mismos que los vengán aprovechando *directamente* o por terceros que hayan adquirido el derecho a la disponibilidad de su caudal en todo o en parte, durante un plazo máximo de cincuenta años. Con ello, el debate acerca de la naturaleza del dominio privado de las aguas, se convertirá en una cuestión histórica.

Francisco Capilla Roncero