

Tradición hidráulica en Castilla a comienzos del siglo XVI

Comentarios a un acuerdo sobre las aguas públicas celebrado el 9 de junio de 1503

(Conclusión)

3.2.2. --- Público instrumento de iguala, asiento y conveniencia.

La copia fehaciente es de un instrumento público, palabra utilizada en la legislación notarial actual, de iguala, asiento y conveniencia. Por recoger declaraciones de voluntad, debe equiparse a las actuales escrituras públicas y no a las actas que recogen o dan fe de hechos. La Ley I título XVIII de la partida 3.^a, decía: «E hay otra escriptura que llaman instrumento público que es fecho por mano de Escribano Público de Concejo».

El instrumento se califica de iguala, con el que se quiere aludir a la posición de plena equiparación de las partes que en el documento intervienen, y que aparece notablemente reforzado en el documento por múltiples garantías o firmezas, renuncia al fuero propio «sobre lo cual renunciamos nuestro propio fuero y jurisdicción» «y pedimos por ella a todas y cualesquiera justicias, que poderío tengan sobre nosotras, asi eclesiásticas como seglares, que nos constriñán y apremien por todos los remedios y rigores del derecho». Esta posición de igualdad es principio medular de la convivencia municipal en la Edad Media. Sacristán y Martínez (42) dice que «la legislación

(42) SACRISTÁN MARTÍNEZ, "Municipalidades".

municipal consagrando la igualdad..., llamando a la vida política a todos los ciudadanos en virtud del dogma tradicional de la igualdad consagrada en los fueros». Este deseo de igualdad llevan a la justicia corporativa como dice Cepeda Adán en la Edad Media era deseo general ser juzgado por los iguales (43).

El instrumento se llama de asiento, precisamente la intervención del escribano se justifica «para que asiente (el acuerdo) o Consejo de letrado con todas las firmezas» y con ello no sólo se alude a su carácter notarial sino a su posible acceso a un registro público.

Y, finalmente, se denomina la conveniencia «cuanto esto es bien y utilidad y provecho del Concejo», y en otro lugar «otorgamos y decimos por cuanto nos la Señora Abadesa, monjas y Convento del dicho Monasterio queréis mudar el molino... lo cual es de placimiento y consentimiento de dicho Concejo por ende venimos de acuerdo y consentimiento». Este carácter de acuerdo y consentimiento mutuo basado en la recíproca conveniencia es la base del pacto y que según Azcárate (44) constituye el fundamento de la organización política de la Edad Media que trasciende a toda la forma de vida social y administrativa.

En un traslado posterior del documento se le califica de trueque o cambio, con lo que se alude más que a las contraprestaciones recíprocas, a lo que constituye el objeto del pacto recíproco, el mudamiento, cambio o trueque del molino de su primitivo emplazamiento «queréis mudar el molino que hoy tenéis en dicho lugar» a otro «y hacerle más cerca del Monasterio».

3.3. --- Análisis del instrumento público.

3.3.1. --- Idea General.

El instrumento público de iguala, asiento y conveniencia sigue un orden, que hoy en líneas generales puede admitirse como vigente. Figura en primer lugar la comparecencia, sigue la parte expositiva con una somera descripción del objeto del contrato o acuerdo, se estipulan las mutuas contraprestaciones, se recoge como resultado de ellas el apoderamiento a determinadas personas, se establecen a continuación las firmezas o ga-

(43) CEPEDA ADÁN, *En torno al concepto de Estado*.

(44) AZCÁRATE, *El municipio*.

rantías de cumplimiento en las obligaciones, y finalmente se autoriza el documento con la intervención de los testigos instrumentales.

Este orden es en cierto modo el que había fijado dos días antes la pragmática de Alcalá de 1503 que consideraba obligatorias para las notas las siguientes circunstancias «declarando las personas que lo otorgan i el día mes y año y el lugar o casa donde se otorga, lo que se otorga especificando todas las condiciones i partes i clausulas y las renunciaciones y submisiones que dichas partes asientas».

3.3.2. --- Comparecencia.

Comprende los datos de lugar y tiempo y la parte subjetiva o sea «las personas que le otorgan i el día, mes y año y el lugar o casa donde se otorga» de la pragmática de 1503.

Las circunstancias de lugar (2.1) y tiempo (2.2) así como las personas intervinientes en el instrumento en su doble posición activa (2.3.1 como parte contratante) y pasiva (3.1 como notario autorizante) han sido ya estudiadas en los epígrafes citados. Para la calificación de partes interesadas o contratantes hay que tener presente su posición jurídica sostenida frente o en oposición a la posición y exigencias jurídicas de la otra u otras personas que forman parte distinta. Es indiferente a este respecto que se trate del compareciente por sí o en representación, independientemente de los problemas que tal representación implica en este caso particular y que han sido examinadas en el 2.3.2.2.

3.3.3. --- Parte expositiva. Objeto del negocio jurídico.

La exposición es la parte objetiva de la escritura pública porque está dedicada preferentemente a la descripción del objeto del contrato o negocio jurídico. Esto no se expone de modo aislado sino en relación con los sujetos y con todas las peculiaridades que puedan repercutir en las relaciones jurídicas del negocio que se crea. Aunque el objeto del negocio jurídico son los derechos y obligaciones que por él se constituyen cuando se hable de objeto como uno de los elementos del negocio, sobre todo en los productores de derechos o relaciones patrimoniales, se alude al objeto inmediato, que puede consistir en una cosa material o en una prestación.

La existencia de esta parte expositiva están en función del negocio jurídico que se establece, en unos casos muy extensa, en otros muy reducida, dejando para la parte dispositiva o estipulaciones el desarrollo del documento. Este es el presente. En el documento que comentamos la extensión de la parte expositiva es mínima y se concreta en el cambio, mudamiento o trueque del molino. Es cierto que a continuación se establecen una serie de derechos y obligaciones referentes a aprovechamientos especiales y servidumbres que dan lugar en el documento a un conjunto abigarrado de disposiciones conexas y aún incidentalmente mencionadas, pero esto no desvirtúa que la finalidad primordial, el centro del acuerdo, en torno del cual giran o se establecen otras estipulaciones, es el cambio o mutación del molino.

Así con este carácter figura después de la comparecencia, siguiendo un orden ortodoxamente notarial «otorgamos y decidimos que por cuanto vos la Señora Abadesa, monjas y Convento del dicho Monasterio, quereis mudar el molino que hoy teneis en dicho lugar y hacerlo más cerca de dicho Monasterio, lo cual es de placimiento y consentimiento del dicho Concejo por ende venimos de acuerdo y consentimiento que se haya a hacer en dicho molino en la forma siguen»:

A continuación se detallan las estipulaciones para el desarrollo de esta finalidad primordial. Este carácter dará el nombre a esta escritura en traslados o transcripciones que se realizarán posteriormente al calificarla de escritura de trueque o cambio.

3.3.4. --- Parte dispositiva. Mutuas contraprestaciones.

Aunque el cambio, mudamiento o trueque del molino constituye el objeto primordial del documento, y en torno a él se instrumentan o establecen las estipulaciones del contrato, su finalidad es mucho más amplia ya que comprende o refiere a aprovechamientos hidráulicos múltiples por parte del convento (fuerza motriz del molino, riegos y usos domésticos) y del concejo (riegos y usos domésticos), así como las obras que posibilitarán el ejercicio de estos derechos y otras prestaciones accesorias, como la construcción de un puenete y el establecimiento de servidumbres de paso de ganado y de acueducto.

Existe por tanto confusión ya que se trata de conceptos hidráulicos que lógicamente en aquel tiempo no estaban sufi-

cientemente elaborados entre aprovechamientos comunes y aprovechamientos especiales, dentro de éstos prevalece lo que constituye obra de fábrica, servidumbre o derecho anexo, con lo que debía ser su objetivo principal: los aprovechamientos múltiples.

A veces se menciona una fuente al referirse al paso de ganados, lo que parece dar a entender que más bien se trate de fuente para abreviar los ganados y no de abastecimiento. Para delimitar dentro del cuadro de derechos y obligaciones establecidos en el documento, partiendo de su redacción voy a examinar lo que significa compromiso o prestación de cada una de las partes que en él intervienen.

El Concejo, además de la autorización para el cambio del molino, la da también para a) **la presa de derivación del molino**: «de cal y canto para tomar las aguas del dicho molino en la paliza del prado henar», y para b) el canal de conducción al molino, es decir para la imposición de servidumbre de acueducto sobre tierras del concejo «para que puedan venir el agua por las heredades».

A cambio, el Monasterio se compromete a ceder al Concejo la posesión del cauce del canal de conducción del antiguo molino «y asimismo que en la presa o presas que se hiciesen por los canteros, dejen sus puertas que se puedan abrir o cerrar cuando necesario fuese para regar los linos o huertas, que encima de la canal el Concejo puede tomar agua para beber en el pueblo y limpieza de lo que hubiere menester». Con estas palabras se refiere a un aprovechamiento para riegos «de linos o huertas», y de abastecimiento «para beber en el pueblo y limpieza» del Concejo. También el Monasterio se compromete a hacer «**un puente de cal y canto en el desagüe del molino**» «**debajo de la casa del molino al expedidero de las aguas, que salen de debajo de los rodeznos**», este puente se construirá a expensas de las monjas «y que este puente para ahora y para siempre las monjas sean obligadas a le sustentar», o sea que correrá a cargo de ellas la conservación, pero no reconstruir «y para siempre que no sean obligadas las monjas a rehacer la

(45) Completando la bibliografía sobre los aspectos históricos del concejo castellano: HINOJOSA, *Origen del régimen municipal de León y Castilla*. Madrid, 1903. MARÍN PÉREZ, *Raigambre histórica del municipio en España*. Madrid, 1961. CARLA MARÍA DEL CARMEN, *Del Concejo medieval castellano-leonés*. Buenos Aires. VILLAR, *El municipio español*. Madrid

dicha puente del henar salvo que quede a cuenta del Concejo». Se establece también una condición técnica «y que dicho puente tenga 18 pies en hueco» o sea de luz. Este puente se construye para uso del concejo, ya que «por donde puedan pasar los ganados del Concejo a pastar a sus egidos y para las otras cosas necesarias». Después de establecer que « **puedan pasar sin impedimento ninguno el agua para regar su huerta y aprovecharse de ella y lo que necesario hubiere menester en el dicho Monasterio**», lo que significa que junto al provechamiento para fuerza motriz del molino se mencionan otros dos destinos en el mismo aprovechamiento, de riegos para la huerta y otro genérico que parece referirse a uno de usos domésticos. Estos dos destinos mencionados incidentalmente, son los únicos que se conservan actualmente, ya que el molino dejó de utilizarse en 1825 al realizarse la desamortización en este Monasterio.

«Para pasar de henar al prado los ganados, que para hacer una fuente, el Abadesa y monjas sean obligadas de dar y den 6 salces y dos castellanos de oro, y de pago». Esta aportación dineraria para la construcción de la fuente al conectarla con el paso de los ganados, parece referirse a la construcción de un abrevadero de ganados.

En resumen, parece deducirse del documento al examinar estas mutuas contraprestaciones:

a) El Monasterio adquiere el derecho a cambiar el molino, facilitando el Concejo el suelo para su instalación, así como las servidumbres de presa, así como la de acueducto para el canal de conducción. La reconoce, aunque sea de modo incidental, el aprovechamiento para usos domésticos y riego de la huerta del Convento.

b) El Concejo adquiere, a su vez, la posesión del cauce antiguo así como el paso del ganado por el puente que deberá construir y sostener pero no rehacer el Convento, así como contribuir con 6 salces y 2 castellanos de oro a la construcción de una fuente, posible obrevadero de ganado. Adquiere también el concejo el derecho a intervenir en el régimen de compuertas «cuando necesario fuera para regar los linos o huertas y para tomar por encima del canal de conducción al molino de agua para beber en el pueblo y limpieza de lo que hubiera menester».

3.3.5. --- Parte final.

3.3.5.1. --- Firmezas o garantías.

Después de interpolar a continuación de las estipulaciones y antes de la parte final, el nombramiento de los procuradores o apoderados ante la justicia (ver 2.322) se establecen las garantías o firmezas para cumplimiento de lo acordado. Esta parte de la escritura destaca como la clave de la intervención notarial. Así cuando se refiere al apoderamiento del Mayordomo del Monasterio «para que asiente por ante escribano público de sus altezas a Concejo de letrado con todas **«las firmezas que necesario fueren»** «al final en firmeza de lo cual otorgamos esta carta» se refieren como una parte confiada por su naturaleza al juicio y a la competencia de un experto en leyes. Es posible que las firmezas o garantías recogidas en este documento constituyan cláusulas de estilo de frecuente utilización notarial, pero esto no resta a su belleza estilística y a su rigor jurídico. Lo único que causa cierto asombro es su extensión respecto del documento.

«Y ponemos y prometemos las unas partes a las otras, y las otras a las otras, de guardar y cumplir todo lo susodicho y de no contradecir, ni iremos, ni vendremos contra ello ni contra cosa alguna, ni parte de ello, nos ni alguno de nos, ni otro alguno por nos, en ningún tiempo, ni por alguna manera, ni los pediremos ni mandaremos cosa alguna sopena que cualquiera de nos las dichas partes que fueren o vinieren contra ello, **dé y pague a la otra que obediente fuere**, todo lo que así le fuere mandado, y tentado de mandar, con el doble, por nombre de propio interés, y la pena pagada o no pagada, que seacabo y todavía y siempre seamos fenidos y obligados todo sobre cuanto dicho es y en esta carta se contiene, para lo cual así tener y guardar y cumplir en lo que a cada uno de nos toca y atañe obligamos nos la dicha Abadesa monjas y Convento a los bienes propios y rentas del dicho Monasterio. Y nos el dicho Concejo a su mismo y a cada uno de nos y a todos nuestros bienes muebles y raíces habidos y por haber y a los bienes y propios y rentas del dicho Concejo».

Se mezclan en estas garantías la personal «nos, ni alguno de nos, ni otro alguno por nos en ningún tiempo» y la real destacando el rigor mayor en la fórmula del Concejo que en la del

Monasterio, ya que «los bienes, y propios y rentas» aclara en el concepto bienes «los rayces y muebles habidos y por haber». Se establece unas arras penitenciales o sancionadoras que deberían pagar los que vinieran contra el acuerdo, a los que obediente fueren a él del **doble de la pena pagada o no pagada**.

Junto a las garantías reales y personales se establece:

1) **Petición a la justicia así eclesiástica como seglar para que exijan el cumplimiento.** — «...pedimos por ella a todas y cualquier justicias que poderío tengan sobre nosotros, así eclesiásticas como seglares, que nos constriñan y apremien por todos los remedios y rigores del derecho y nos hagan a tener y guardar y cumplir todo sobre cuanto dicho es y en esta carta se contiene así por vía de entrega y casación como por otra vía, se guarde y cumpla».

2) **Renuncia al propio fuero a jurisdicción.** — «...sobre lo cual renunciamos nuestro propio fuero y jurisdicción».

3) **Renuncia a declaración de lesividad, daño o dolo.** — «...y que no podamos decir ni alegar que en el otorgamiento de esta carta fuimos, ni somos lesos ni damnificados ni que dolo inicial incida en ello».

4) **Renuncia a la alegación de la ley sobre renuncia general.** — «Y renunciamos la Ley del derecho en que dice que «General renunciación de Leyes que no valga».

3.3.5.2. --- Otorgamiento y autorización notarial.

«En firmeza de lo cual otorgamos esta carta por ante el escribano público que esté presente» al cual se ruega por las partes «que haga o mande hacer las dos cartas públicas a más de un tenor, para cada una de nos las dichas partes la suya», a continuación le «signe con un signo» y a los presentes que sean de ellos testigos que fue hecha y otorgada. Esta parte termina el otorgamiento, quedando como diligencia final de autorización notarial la intervención de los testigos (ver 2321) y la dación de fe del Notario de «que a todo lo dicho es presente fui en uno con los dichos testigos y pedimento», signándolo con su signo. Se puede decir que a esta diligencia notarial última con intervención de los testigos se debe la conversión en público del acuerdo entre el Convento y el Concejo, aunque como se ha indicado anteriormente (ver 3.1) su asesoramiento está presente en la redacción del documento.

4. --- Aspectos administrativos del documento.

Estos títulos antiguos no sólo tienen un valor histórico, notarial o diplomático, no se agota con ello su interés.

A pesar de su venerable antigüedad, al ser reflejo documental de unas formas de vida pretéritas, tienen además cuando se refieren a las aguas públicas una vigencia administrativa, ya que sobre ellos se fundan derechos a unas aguas utilizadas hoy y determinan su naturaleza, contenido y alcance, da lugar a múltiples controversias, resueltas por los Tribunales de Justicia.

No se trata de una materia inerte o muerta, museable o archivable, sino por el contrario una materia viva y vigente, ya que de acuerdo con ella se ha establecido el cuadro de derechos y obligaciones de la utilización actual de una cosa pública.

Es posible que estos problemas se planteen en otros campos de la Administración pública, sobre todo en los otros bienes demaniales, pero en ninguno de ellos tiene la importancia, profundidad y actualidad que se alcanza en el Derecho Hidráulico.

Estos títulos antiguos pueden servir, junto a la titulación normal (acta de notoriedad) (46) para justificar la adquisición por prescripción de los derechos a los aprovechamientos especiales de aguas públicas, pero su conexión con el Derecho Hidráulico plantea unas cuestiones originales, da lugar a unos efectos o consecuencias muy particulares, que no admiten asimilación con los problemas, efectos o consecuencias de la titulación normal.

Dentro de estos planteamientos administrativos de los títulos antiguos procuraremos insertar este acuerdo sobre las aguas públicas, objeto del presente trabajo.

4.1. --- Vigencia administrativa y valor histórico.

La vigencia administrativa supone que un documento no ha cumplido todos sus efectos, es decir, que en alguna forma tiene pendiente su efectividad. En cambio se entiende que un

(46) Cfr. Mis trabajos sobre Obtención de los títulos justificativos de la usucapción de aguas públicas», en DA, núm. 125, y «La usucapción de aguas públicas como mito y como realidad jurídica». Revista de Derecho Notarial, núm. LXIX-LXX, julio-diciembre, 1970, p. 129-204.

documento tiene un mero valor histórico cuando ha producido «en la dependencia que los ha elaborado o tramitado la totalidad de sus efectos», pudiendo ser utilizado como medio instrumental para el conocimiento de la Historia. Se puede por ello afirmar que el valor histórico comienza a partir de que termina la vigencia administrativa. Valor histórico y vigencia administrativa están por tanto en función inversa del tiempo. La modernidad y la antigüedad operan en signo contrapuesto respecto de una o de otra. En estos conceptos se basa el Decreto de 8 de mayo de 1969 creando el Archivo General de la Administración y regulando el traslado de documentos de los archivos parciales al Central, de éste al General de la Administración y finalmente de éste al Histórico Nacional.

Estos criterios sin embargo son relativos, cuando nos referimos a los títulos antiguos sobre las aguas públicas pues a pesar de su antigüedad, algunos son hasta del siglo XII (Sentencia 5 de marzo de 1946), tienen una cierta vigencia administrativa, pues respecto de ellos no se puede decir «que se hayan practicado por la Administración todas las actuaciones conducentes a la total ejecución de sus pronunciamientos», ya que ha faltado el reconocimiento del derecho por la Administración, la fijación o modulación de los caudales necesarios y la inscripción en el Registro Especial de Aguas Públicas. Nos encontramos ante unos títulos que a su venerable e indiscutido valor histórico, unen una cierta vigencia administrativa, y es que la prescripción en las categorías de varias veces centenaria e inmemorial, a la vez que es un medio de adquisición civil de un derecho administrativo a las aguas es también un soporte a un título de valor histórico, precisamente por su antigüedad.

4.2. --- **Disparidad del derecho hidráulico en cuanto a las manifestaciones de esas titulaciones en zonas geográficas distintas.**

Nuestro derecho hidráulico se ha resentido en sus manifestaciones documentales de la distinta evolución política y administrativa de las regiones centrales y de las regiones periféricas.

En éstas, en las que arraigó el feudalismo, el derecho a las aguas públicas se ofrece como una manifestación más del cos-

mos de privilegios ordenado por la dialéctica de los jura quaesita que define el orden jurídico medieval en Europa (47). El otorgamiento por el rey, príncipe o señor se basa en que estas regalías menores (regalía minora) pueden ser objeto de dación censal, configurando estos casos sobre el esquema del censo enfitéutico, por contraposición a las regalías mayores (regalía maiora) «que competen —según Branchat (48)— por derecho de soberanía y que por estar fijas a la Corona no pueden darse o enajenarse». Es curioso que pasados los siglos cuando se plantee la naturaleza del derecho a los aprovechamientos ante los Tribunales o ante el Consejo de Estado se acuda para explicarlo al censo enfitéutico, como una evocación de su origen en estas regiones periféricas, así la Sentencia de 17 de febrero de 1971, respecto a una escritura de 19 de diciembre de 1975 del Intendente General del Rey reconoce claramente que «siendo en el antiguo Reino de Valencia las aguas públicas una regalía menor de la Corona, podían tales regalías menores ser cedidas por medio de los contratos propios de la época, en que por la confusión entre concesión y propiedad y Derecho Público y Privado, se utilizaban en el tráfico jurídico, concibiéndose los censos de esta clase como verdaderas concesiones de aprovechamientos de bienes públicos o del dominio útil, reservándose el Poder el dominio directo o sea la titularidad de la regalía, como ha declarado la jurisprudencia (Sentencia 6 de noviembre de 1911).

El Consejo de Estado en su Dictamen de 13 de julio de 1966 (exp. 34.899) con carácter más general considera el derecho al aprovechamiento como un dominio útil de éste, **reflejo de su originaria construcción sobre el esquema censal**, que diferencia el dominio útil y el directo y de la misma forma que el expediente de dominio sería idóneo para adquirir uno u otro dominio en las fincas enfitéuticas, podría serlo para acreditar también el título del aprovechamiento.

(47) La expresión cosmos de privilegios o haz de privilegios dirigida al orden jurídico medieval es de MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, traducción de Ferreter Mora. Méjico, 1944, sobre los jura quaesita, o MAYEN, *Le droit administratif allemand et francie*. Ambas referencias, así como alusiones a estos temas en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad de dominio público*, p. 108 y *El dogma de la reversión de concesiones*, p. 51, ambos en dos estudios sobre la usucapción en derecho administrativo, *Estudios de Administración I. E. P. Madrid, 1955*.

(48) BRANCHAT, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia*. Valencia, 1774.

Estas afirmaciones no son válidas para Castilla sino para las regiones periféricas, porque tanto en las tierras de behetría como en los grandes concejos entre el Tajo y el Duero se afirmará desde antiguo un derecho basado en la libertad e igualdad de los hombres que habitaban estas tierras. Es posible que influya en este orden jurídico el contar con el texto más perfecto de saber jurídico conocido en la Europa de entonces como fueron Las Partidas del Rey Sabio en las que se afirmó el carácter comunal de los ríos «de manera que también puedan usar de ellos los que son de tierras extrañas como los que moran en aquella tierra do son» (Ley 6, Título 28, Partida 3.^a) «e las riberas de los ríos... e son comunales a todos también a los pobres como a los ricos» (Ley 9 del mismo Título y Libro).

Todas estas disposiciones son el reflejo de una mentalidad jurídica normal en la Castilla de entonces (49) ya que este libro de sabiduría jurídica es sobre todo la expresión de una vivencia colectiva basada en la justicia que constituyó la entraña medular tanto de los pequeños núcleos de población rurales como de los grandes concejos urbanos de Castilla. Por cuanto así en 1503 al redactar un acuerdo sobre las aguas se establece basándolo en el pacto o contrato y procurando en él y en todo momento la más absoluta equiparación o igualdad entre las partes contratantes, al despojarse éstas de toda posición de privilegio y reforzando con especiales firmezas o garantías el cumplimiento de lo pactado.

Es cierto que en el acuerdo quedan en cierto modo subtraídas o marginadas las aguas, pero ello no es debido a considerarlas regalías menores, de otorgamiento real, sino a que las aguas del río Ubierna como bienes comunes —según las Siete Partidas— podían ser aprovechadas por todos tanto ricos como pobres, vecinos o extraños limitando por tanto el acuerdo a las obras a realizar y a la parte que podían ser modificados los aprovechamientos preexistentes.

Y es que la gran peculiaridad de esta tradición hidráulica en Castilla en el siglo XVI es que no se afirmará como un privilegio singular o excepcional sino en función de un orden ge-

(49) La peculiaridad española de Las Partidas —dice Federico de Castro— aparece bien clara, al encauzar los sentimientos básicos que inspiran al pueblo español... fueron sacadas e de fueros e de costumbres antiguas de España. Españolización de disposiciones y doctrinas.

Así España crea su versión independiente del *ius commune*. Derecho Civil de España. Tomo 1.º, p. 143 y 144. Madrid, 1949.

neral o superior basado en la justicia y en la igualdad esencial de los hombres independientemente de su riqueza, posición social o vecindad.

4.3. --- Problemas que plantean estos títulos antiguos para el reconocimiento del derecho a las aguas.

4.3.1. --- En cuanto a su admisión.

El Tribunal Supremo dentro de la gran variedad de títulos antiguos que admite, y a la que nos referiremos en el epígrafe siguiente (ver 4.32) únicamente ha excluido de los presentados para justificar la prescripción de los aprovechamientos de aguas públicas a los títulos políticos, aunque resulta difícil la atribución de este carácter a un documento relativo a dicha materia, así la Sentencia de 5 de noviembre de 1956 afirma «que de la lectura de las Capitulaciones otorgadas por los Reyes Católicos, son pura y simplemente unas disposiciones de tipicidad exclusivamente política sin alcance alguno que pueda significar concesión o reconocimiento de derechos de riegos».

Salvo esta excepción en los demás casos planteados ha admitido esta justificación documental basándose para ello en razones de una gran lógica, ya que lo contrario significaría que cuando se plantearon y resolvieron estos problemas existía una total ausencia de regulación jurídica y por tanto los fallos, acuerdos y documentos fueron ilegales por la absurda razón de que entoncense no existía una distribución de competencias y jurisdicciones como en el momento actual.

Sobre este punto es bastante clara la Sentencia de 5 de marzo de 1946 que establece un criterio, que suscribimos totalmente, sobre la admisión de estos títulos antiguos ya que «es obligado reconocer a los actos y acuerdos del Poder Público y de los Tribunales de Justicia anteriores a la implantación de la jurisdicción contencioso-administrativa (se refería a sentencias judiciales no impugnadas, dictadas entre los años 1807 y 1840) y a la diferenciación orgánica actual una indudable efectividad en el orden que hoy se estima administrativo, porque el criterio contrario equivaldría a suponer que existía total ausencia de regulación jurídica para zanjar controversias análogas a la presente, y en su virtud es forzoso inferir que los pronunciamientos entonces dictados gozaron de virtualidad en orden a

lo que más tarde hubo de asignarse a la esfera genuinamente administrativa.

Esta irretroactividad de la norma no sólo en cuanto a los medios de adquisición del derecho sino en cuanto a su justificación documental es válida tanto para los acuerdos y actos del poder público y de los Tribunales de Justicia como a los acuerdos y pactos establecidos en documento auténtico, como el que comentamos producidos en una época en que tales pactos o acuerdos tenían esa eficacia y valor.

4.3.2. --- Variedad de títulos.

Salvo los títulos políticos (Sentencia 5 de noviembre de 1956) el Tribunal Supremo ha admitido toda clase de títulos antiguos auténticos expedidos en un abanico de fechas que va del siglo XII hasta el siglo pasado (Sentencia 5 de marzo de 1946), así como sentencia arbitral del Obispo de Tortosa Don Pedro el año 1332 y resolución de vista y revista del Real y Supremo Consejo de Castilla de 16 de noviembre de 1773 y 4 de noviembre de 1785 (Sentencia 19 de diciembre de 1963) auto dictado por el Licenciado de los Reales Consejos y Alcalde Mayor de la Ciudad de Valencia el 2 de diciembre de 1709 (Sentencia 27 de septiembre de 1969) y escritura del Intendente General del Rey el 19 de diciembre de 1795 (Sentencia 17 de febrero de 1971).

Todos estos títulos antiguos se refieren a las aguas públicas y sobre ellos se ha basado el reconocimiento judicial de la adquisición por prescripción del derecho a los aprovechamientos. Hay que destacar que el Supremo exige la necesidad de probar la prescripción mediante documentos auténticos (Sentencia de 5 de mayo de 1961 y 26 de abril de 1967) y que las certificaciones y recibos de organismos administrativos en materia tributaria no tienen esa consideración (Sentencia 15 de febrero de 1964). No hay duda que en el presente caso al tratarse de un acuerdo formalizado en escritura pública notarial cae de lleno dentro de esa calificación de documento auténtico.

El Consejo de Estado en su Dictamen de 13 de julio de 1966 admitió junto a la titulación normal (acta de notoriedad) para justificar la prescripción de aprovechamientos de aguas públicas, como titulación suficiente «aquella que implicara garantías superiores o tramitación más compleja que el acta de notorie-

dad», difícil medida en algunos casos como el presente de titulaciones antiguas. No hay duda que en aquellos casos en que dicha titulación no sea suficiente por sí misma debe facilitar notablemente la expedición del acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario pudiendo ser testimoniada en el cuerpo del acta.

4.3.3. --- Transcripción y traducción.

Estos documentos redactados en letra antigua de caligrafía difícil tanto por la forma de la escritura como por el empleo de abreviaturas no actuales así como la existencia de documentos escritos en latín o en dialectos o idiomas regionales antiguos exige su transcripción o traducción, ya que si no sería difícil o imposible su lectura.

Para suplir la laguna existente en la legislación administrativa sobre esta materia puede aplicarse lo dispuesto en los artículos 35 y 37 del Reglamento Hipotecario. El artículo 35 determina que para los documentos pontificios deberán ser traducidos y testimoniados por los Ordinarios Diocesanos y que considerarán documentos auténticos aunque no estuvieran legalizados. En cuanto a los extendidos en latín o en dialectos de España o en letra antigua, o que sean ininteligibles —determina el artículo 37— que deberán presentarse acompañados por su traducción o copia suficiente hecha por el titular del cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios o por funcionario competente, si bien se puede prescindir bajo la responsabilidad del funcionario del documento oficial de traducción cuando éste conociera el idioma, dialecto o letra antigua de que se trate.

4.3.4. -- La continuación o no interrupción del disfrute referida a tan largo período de tiempo.

Puede probarse mediante el título antiguo la adquisición del derecho o mejor el comienzo de la utilización del mismo, pero en tan largo período de tiempo pudo no consolidarse la prescripción o aun consolidada y adquirido el derecho pudo perderse por la prescripción extintiva o no uso durante veinte años. A este respecto hay que distinguir dos plazos: uno el de un año y un día de tipo posesorio cuya operatividad se realiza únicamente cuando está en curso la prescripción adquisitiva o la extintiva y otro el plazo de veinte años de cada una de ellas. Esto quiere decir que una interrupción de un año y un día de

signo contrario a la prescripción que se está realizando determina la imposibilidad de consolidar ésta, comenzándose a contar el tiempo desde que cesó esa interrupción de un año y un día. En cambio si se hubiera consolidado la prescripción por el uso ininterrumpido es preciso que se extinga el derecho por una no utilización en el mismo plazo y forma, es decir que también sea ininterrumpida.

En aprovechamientos tan antiguos cuyos períodos de tiempo tan largos han incluido toda clase de catástrofes, considerando como tales incluso a las Leyes Desamortizadoras, por el truncamiento o ruptura de formas de vida tradicionales, el probar esta utilización ininterrumpida constituye una verdadera «probatio diabólica» que haría totalmente ineficaces a los títulos. Por ello la Sentencia de 5 de marzo de 1946 limita el valor del título «a integrar el supuesto básico a que deberán atenerse las decisiones de la administración que por sí mismo no crea el derecho administrativo, pero que puede servir de apoyo a las decisiones de los organismos específicamente competentes, de igual manera que la Ley de Aguas define la propiedad y la posesión según normas de derecho civil y con vista a ulteriores posibilidades de su conocimiento administrativo».

La sentencia de 20 de abril de 1934 referente a una Carta Puebla otorgada a los vecinos del Algar en 1710 y con relación también a ciertas actas de nombramientos de Corregidores en la antigua baronía del Algar de 1752 a 1806 estableció con criterio más limitativo, que si bien la documentación acreditaba la existencia en aquella época no prueba su uso continuado y sin interrupción hasta 1898. Este criterio tiene el defecto de restringir excesivamente el alcance o efectos de estos títulos antiguos y convertir en utópica su efectividad. Por ello convendría establecer la presunción de que acreditada la existencia del aprovechamiento en esa época antigua mediante el título así como su existencia actual mediante comprobación sobre el terreno, considerar su utilización ininterrumpida, mientras no se demostrara lo contrario y según los principios generales de prueba.

4.3.5. --- Existencia actual del aprovechamiento. Valor de las modificaciones.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de junio de 1953 considera como requisito esencial para lograr la inscripción por

prescripción «su existencia actual» (Sentencia 1 de junio de 1953) este criterio no se ha mantenido constantemente pues en algunos casos, ha permitido la inscripción del aprovechamiento no efectivamente utilizado por considerar que sobre él no se había operado la prescripción extintiva o no uso.

Sin embargo consideramos el primer criterio como válido, siempre que se considere como presunción «juris tantum» que puede enervarse mediante prueba en contrario. Es decir la existencial actual unido a la justificación antigua de su origen crea a favor del particular la presunción de haber adquirido por prescripción el derecho a menos que se demuestre lo contrario acreditando el no uso por un período igual. Del mismo modo la no existencia actual del aprovechamiento aunque se presente el título antiguo y se acredite la prescripción adquisita inicial, establece una presunción también «juris tantum» en contra de su reconocimiento administrativo a menos que el particular acredite que la no utilización es reciente y por tanto que no se ha operado la prescripción extintiva.

Hay que distinguir entre la inexistencia del aprovechamiento y la modificación del mismo, precisamente en el documento que comentamos se menciona un aprovechamiento múltiple a favor del Monasterio, ya que consiste en fuerza motriz para el molino, riego para el huerto y usos domésticos respecto del convento. Desde que los bienes del Convento quedaron desamortizados en 1825 dejó de funcionar el molino que era precisamente el objeto principal, del acuerdo de 1503 pero continuando los riegos y los usos domésticos. Esta interrupción por más de veinte años en cuanto a ese solo destino para fuerza, significa que respecto al mismo se ha operado la prescripción extintiva continuando el derecho en cuanto al resto y tanto se considere al aprovechamiento múltiple como una suma o haz de aprovechamientos individualizados, respecto de los cuales puede actuar independientemente la prescripción extintiva, o bien se le dé al aprovechamiento múltiple una sola entidad ya que en este caso la prescripción puede actuar como modificativa o correctora del modo y forma. En ambos casos los efectos son los mismos, desaparición del destino sobre el que ha operado la prescripción extintiva o modificadora y conservación de los otros destinos.

4.3.6. -- Justificación del tracto en las transmisiones desde el título antiguo.

Uno de los problemas más graves que plantea la admisión de los títulos antiguos es en aquellos casos en los que la titularidad del aprovechamiento resulta atribuida a una persona física que precede a los actuales usuarios en varios siglos mediando entre ambos múltiples transmisiones en épocas en las que no existía Registro de la Propiedad y que por tanto no pueden seguirse los tractos sucesivos a través de los libros.

La justificación del tracto debe realizarse bien de modo directo referida tanto a la finca como al aprovechamiento y a todos y cada uno de los tractos, o bien de modo abreviado o comprimido por los medios establecidos en la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, estando atribuida la titularidad del aprovechamiento al Monasterio de monjas franciscanas, o sea a una persona jurídica que conserva esa misma personalidad aunque haya transcurrido siglos desde entonces, no hay problema ya que la titularidad actual coincide con la existencia en 1503.

4.4. --- Naturaleza actual del derecho adquirido.

Una de las consecuencias más importantes de la diferencia existente entre la tradición hidráulica castellana y de las regiones periféricas, sobre todo levantinas a la que nos hemos referido en el 4.2 está en que, mientras en las regalías menores el rey o señor cede la totalidad o una parte alicuota (filas o hilas) del caudal de un río, en Castilla el aprovechamiento se establece en función de una necesidad y como ésta puede ser sentida por todos los hombres, todos sin distinción pueden ser titulares de los aprovechamientos, ya que las aguas de los ríos son comunes para todos.

De aquí que la cuestión que se ha planteado reiteradamente ante el Supremo sobre la facultad de la Administración para modular los cauces que venían establecidos en estos títulos antiguos en su totalidad o parte alicuota a favor de determinadas personas o comunidades no es posible en Castilla porque el caudal se reconoce en función de esa necesidad. Esta es una manifestación más de la imaginación creadora y del espíritu de justicia de la Castilla medieval y moderna que de esta manera

se anticipa a lo que debería ser el derecho al aprovechamiento de las aguas.

Solamente a título informativo por tanto nos referiremos a esa jurisprudencia reiterada en la que se reconoce ese derecho de la Administración a modular caudales. Así la sentencia de 24 de abril y 13 de septiembre de 1899, 30 de mayo de 1931, 13 de mayo de 1941, 9 de diciembre de 1957, 21 de septiembre y 15 de diciembre de 1963, 23 de enero de 1965, 18 de marzo de 1967, 14 de noviembre de 1968 y 27 de septiembre de 1969. Entre esta jurisprudencia reiterada quiero destacar la de 19 de diciembre de 1963 en que con referencia a una carta puebla de 1235 que concedía el derecho del disfrute por mitad de las aguas del río Cenia, declara el Tribunal Supremo que pertenece a la Administración en el ejercicio de su facultad de Policía de Aguas fijar los módulos de los aprovechamientos necesarios para los fines de la adquisición y extensión del objeto para el que se lograron.

Y es que tratándose de una riqueza pública como las aguas constituye un anacronismo el mantenimiento de unos privilegios feudales que van contra el sentido de nuestra época y son contrarios a la naturaleza esencial y actual de los derechos a dichos aprovechamientos. Por ello una cosa es el admitir las titulaciones antiguas para la justificación de los derechos y otra distinta dar a un derecho actual un valor pretérito referido a la época en que concedieron esos títulos, olvidando las profundas transformaciones que el mundo y la sociedad han sufrido desde entonces. Al adelantarse Castilla a su tiempo al definir de modo que pudiéramos considerar como actual la verdadera naturaleza de estos aprovechamientos y la igualdad de oportunidades en su utilización, alcanzó esa percepción de la justicia como algo intemporal y en su localización histórica en el ordenamiento buscó ante todo esa adecuación a esos principios inmutables.

4.5. --- Procedimiento de reconocimiento del derecho adquirido por prescripción basado en esos títulos antiguos.

El artículo 3.º del Real Decreto Ley núm. 33 de 7 de enero de 1927 establece el procedimiento de inscripción basado en la prescripción y acreditado mediante las informaciones posesorias sustituidas hoy por las actas de notoriedad del artículo 70

del Reglamento Hipotecario. Este procedimiento, aunque se establece para la titulación normal como son las actas de notoriedad es válido también para otros medios documentales excepcionales de justificación de la prescripción.

Su aplicación supone en cuanto a los títulos antiguos ciertas modalidades de procedimiento referentes tanto a la traducción o transcripción de los títulos antiguos y forma en que se ha utilizado, a su continuidad o no interrupción en periodo tan largo de tiempo, a su existencia actual y comprobación sobre el terreno y a la valoración de las modificaciones que no hayan alterado esencialmente su naturaleza. Todo ello impone unas modalidades en el procedimiento que no podemos detenernos a determinar a menos que se incida en un excesivo casuismo.

5. --- CONCLUSIONES CRITICAS.

Hemos observado a través del presente trabajo que en esos lugares originariamente de behetría se creó una conciencia popular de libertad, justicia e igualdad que alcanzando los comienzos de la Edad Moderna informó la redacción del documento que comentamos. Esta época verdaderamente áurea de nuestra Historia que coincide totalmente con el reinado de los Reyes Católicos, significa un ejemplar equilibrio entre la autonomía disgregadora de los municipios y el orden, entre la libertad de los Concejos y la autoridad del Poder Real respetado y hondamente popular entre reforma y respeto sin embargo a las tradiciones medievales. Este equilibrio único en Europa y que encerraba plenas posibilidades de futuros desarrollos se vería violentamente cortado en Villalar y nunca más recuperado al desplazarse estas energías comunitarias locales a otros campos y a otras empresas.

En cuanto a la valoración notarial o diplomática de estos documentos, hoy desperdigados en los archivos parroquiales de obispados y conventos, de municipios y de comunidades de regantes, sería conveniente para su mejor conservación y estudio, se dictaran las normas necesarias para procurar su incorporación al Archivo General de la Administración, como un protocolo gigantesco de esta riqueza documental, venciendo las naturales resistencias de sus poseedores actuales, con las oportunas garantías y facilidad de acceso a los mismos, debiendo que-

dar en su poder fotocopias auténticas de los documentos con su traducción o transcripción fehaciente.

Finalmente, sería conveniente se regulara reglamentariamente el valor administrativo de estos documentos antiguos resolviendo de una manera clara y definitiva los numerosos problemas que plantean en la práctica para la justificación de la adquisición por prescripción de los derechos a los aprovechamientos especiales de aguas públicas (50).

Fernando FUENTES BODELON

(50) Este trabajo, fue presentado en el III Symposium de Historia de la Administración, y aparece inserto en las Actas de dicho Symposium.